
Ю.А. Костанов
Блеск и нищета
Уголовно-процессуального кодекса



ББК 67.99(2)95
К72

Книга подготовлена и издана Независимым экспертно-правовым советом при финансовой поддержке Фонда Джона Д. и Кэтрин Т. Макартуров, Национального фонда поддержки демократии и Института «Открытое общество»

К72 **Ю.А. Костанов**
Блеск и нищета Уголовно-процессуального кодекса
М.: Р.Валент, 2005 — 104 с.

В книге представлены критические взгляды автора — известного юриста, члена совета Федеральной палаты адвокатов — на ныне действующий Уголовно-процессуальный кодекс РФ и предлагаются приемлемые с точки зрения автора варианты выхода из затруднительного положения для следователей, прокуроров, адвокатов и судей. Книга предназначена для юристов-практиков, правозащитников, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, а также для всех, интересующихся вопросами осуществления правосудия в нашей стране.

© Костанов Ю.А., 2005

© Независимый экспертно-правовой совет, 2005

© Художественное оформление, Афанасьев А.Н., 2005

ISBN 5-93439-168-2

Ю.А. Костанов

Блеск и нищета уголовного кодекса

Р.Валент
Москва 2005

Содержание

Введение	6
«Эксклюзивная» обязательность УПК РФ для всех участников уголовного судопроизводства	8
Принципы уголовного судопроизводства	
Презумпция невиновности	21
Беспристрастность суда	23
Охрана прав и свобод человека	27
Состязательность. Разделение функций	36
Состязательность. Opus probandi	40
Обеспечение права на защиту	49
Состав суда	67
Судебный порядок решения вопроса об аресте	69
Прокурор	79
Подозреваемый	83
Множественность следственных аппаратов	86
Механизм исправления судебных ошибок	88
Приложения	96
Заключение. Почему так получилось?	100

Введение

Всякая власть стремится к произволу. Закон для того и существует, чтобы этот произвол ограничивать. Наличие закона само по себе не решает проблемы — закон должен исполняться. (Древние римляне вообще считали, что для блага государства необходимы две вещи: хорошие законы и чтобы они исполнялись. Но что нам Древний Рим и все Европы?!)

Мне довелось присутствовать на двух встречах наших юристов с зарубежными коллегами. Дело происходило в конце 80-х гг., в разгар перестройки, когда все успели признать необходимость построения правового государства, а некоторые уверяли, что оно у нас таки давно уже есть. В первом случае это была встреча слушателей Всесоюзного (тогда еще) института усовершенствования работников юстиции Минюста (напомню, Минюст отвечал и за организационное обеспечение деятельности судов) с гостившей у нас делегацией японских юристов. В ходе встречи кто-то из наших слушателей (это был поток слушателей — судей областных и краевых судов) спросил у японцев: «А как у вас обеспечивается независимость судей?» — «У нас по закону судьи независимы». — «У нас тоже по Конституции судьи независимы, а механизм обеспечения независимости у вас какой?» Японцы удивились (какой еще, дескать, механизм, когда по Конституции?..), но стали объяснять: «У нас по закону судье никто не может приказать, как надо рассматривать дело». — «У нас по закону тоже никто не может. А механизм какой?» Не уразумевший вопроса японец стал объяснять снова: «У нас никто — ни министр юстиции, ни премьер — может судье приказать, как надо рассматривать дело. Это закон!» Теперь уже недоумевали наши: «У нас тоже по закону судье никто ничего приказать не может. А каков у вас механизм обеспечения этого?» Японцы снова, как малым детям, медленно и по слогам: «У нас по закону никто не может...» Так и расстались, не поняв друг друга. Года через два я в составе делегации Минюста России побывал в Германии. В ходе одной из встреч кто-то из наших задал работнику Министерства юстиции земли Северный Рейн — Вестфалия тот же вопрос: «А как у вас обеспечивается независимость судей?» Немецкий юрист ответил так же, как и когда-то японский: «У нас по закону никто не может...» В общем, диалог повторился почти до-словно, с той только разницей, что японцы говорили о премьер-министре и микадо, которые ничего судьям указать не могут, а немцы — соответственно, о канцлере и президенте.

Увы! В России отношение к закону большинства (и, прежде всего, чиновничества) характеризуется как правовой нигилизм, бурно перерастающий в правовой цинизм. Наше государство настолько же правовое, насколько экономика рыночная.

Законы часто не исполняются, но это не повод для того, чтобы их не писать или писать плохо.

Когда был принят новый (ныне действующий) УПК РФ, не было недостатка в хвалебных отзывах. Расточали похвалы не только его составители и разработчики: «Наконец! Наконец-то мы получили новый, соответствующий мировому уровню, свободный от извращений тоталитаризма Уголовно-процессуальный кодекс!» Отмечалось, что Кодекс свободен от рудиментов социалистического периода истории нашего государства; что, наконец, только суду позволено принимать решения, связанные с ограничением конституционных прав граждан; что, наконец, уголовный процесс стал у нас состязательным; что (опять же, наконец!) в Кодексе презумпция невиновности заняла подобающее ей место.

Так говорили (хотелось бы надеяться — искренне) лоцманы судебно-правовой реформы, и так, по-видимому, было задумано. А что из этого вышло?

«Эксклюзивная» обязательность УПК РФ для всех участников уголовного судопроизводства

В ст. 1 УПК РФ провозглашено:

«1. Порядок уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации устанавливается настоящим Кодексом, основанным на Конституции Российской Федерации.

2. Порядок уголовного судопроизводства, установленный настоящим Кодексом, является обязательным для судов, органов прокуратуры, органов предварительного следствия и органов дознания, а также иных участников уголовного судопроизводства».

Положение, по-видимому, бесспорное. Насколько новым, однако, оно является? Обратимся к предшествовавшему процессуальному закону — УПК РСФСР 1960 г. Оказывается та же, по сути, норма содержалась и в ст. 1 УПК РСФСР:

«Порядок производства по уголовным делам на территории РСФСР определяется Основами уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик и издаваемыми в соответствии с ними другими законами Союза ССР и Уголовно-процессуальным кодексом РСФСР.

При производстве по уголовному делу применяется уголовно-процессуальный закон, действующий соответственно во время дознания, предварительного следствия либо рассмотрения дела судом».

Вряд ли ссылка на Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик кардинально меняет дело. «Основы» — это тоже уголовно-процессуальный закон. Общий принцип тот же: порядок судопроизводства определяется уголовно-процессуальным законом и никаким иным. Принцип этот соблюдался. Новые нормы в процессуальный закон вводились путем внесения в УПК РСФСР соответствующих дополнений и изменений.

Но в УПК РФ появляется новая норма, дополняющая и развивающая это положение, делающая обязательность процессуального закона для участников уголовного судопроизводства «эксклюзивной»:

«1. Суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель не вправе применять федеральный закон, противоречащий настоящему Кодексу.

2. Суд, установив в ходе производства по уголовному делу несоответствие федерального закона или иного нормативного правового акта настоящему Кодексу, принимает решение в соответствии с настоящим Кодексом» (ст. 7 УПК РФ «Законность при производстве по уголовному делу»).

По буквальному ее смыслу этой формулировкой охватываются все нормативные акты без исключения, ибо «иными нормативными актами» в данном случае является все нормативное поле, не занятое федеральными законами: от Конституции и федеральных конституционных законов до строительных норм и правил (СНиПов), — таковы правила формальной логики.

Эта норма ставит УПК РФ в положение «закона над законами». А вот это уже, мягко говоря, не корректно и не соответствует состоянию законотворчества и общим правилам правоприменения. Это позволено только Конституции и федеральным конституционным законам (ч. 1 ст. 15 Конституции Российской Федерации). В самом этом правиле не было бы ничего дурного, если бы законодатель работал четко, если бы все законы вовремя «состыковывались», если бы в УПК и в иные законы вовремя вносились соответствующие дополнения и изменения. Поскольку это недостижимо, то обычно в случае коллизии законов действует либо тот, который имеет большую силу (федеральный конституционный закон по юридической силе выше федерального), либо тот, который был принят позднее. Такая норма была бы допустима, если бы УПК был идеален, причем настолько, что никакие исторические катаклизмы, никакие происходящие в стране процессы не поколебали бы незыблемость его нетленных устоев. Однако жизнь сложна и изменчива, а закон вторичен. Законодательство динамично, изменения и дополнения старых законов должно, но — увы! — далеко не всегда поспевает за изменениями, происходящими в жизни общества. При ближайшем же рассмотрении обнаруживается, что уж идеальным УПК РФ назвать никак нельзя. Еще до вступления в силу, т.е. до того, как нормы его были испытаны на практике, было принято несколько федеральных законов о внесении в УПК РФ дополнений и изменений, которыми было существенно исправлено 79 статей кодекса и 18 «приложений». Случай беспрецедентный в законодательной практике — почти пятая часть закона изменена до вступления его в силу, т.е. эти недостатки закона показала не практика его применения — они были видны еще до его принятия!

Одно это говорит о неидеальности УПК. Уже после вступления его в силу только в первый год действия в УПК РФ внесено еще множество дополнений и изменений, причем также весьма существенных.

Процесс совершенствования УПК РФ (полюстим его создателям — притворимся, что речь идет не об исправлении брака, а о совершенствовании) на этом далеко еще не закончен.

Уже после принятия УПК РФ был принят Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», который предусматривает большие (по сравнению с УПК) гарантии независимости адвокатов.

В частности, в соответствии со ст. 8 этого Федерального закона проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в т.ч. в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения, а полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий (в т.ч. после приостановления или прекращения статуса адвоката) сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей. УПК РФ таких норм не содержит. На практике это уже привело к тому, что в помещениях, используемых адвокатами для работы, проводятся обыски, в следственных изоляторах досматриваются сумки и портфели адвокатов, и оттуда даже изымаются документы без всяких на этот счет судебных решений. На возражения против таких действий со ссылкой на ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» следователи как на основание законности своих действий ссылаются на положения ч. 1 и 2 ст. 7 УПК РФ — дескать, УПК «выше» и «сильнее».

Без судебной санкции был произведен обыск в офисе московского адвоката Бару, без судебной санкции сотрудниками СИЗО были изъяты документы из досье адвоката Артюховой, из досье адвоката Шапилова. Случай с адвокатом Артюховой стал достоянием общественности: об этом как о факте изъятия у адвоката «настоящей инструкции для свидетелей», якобы переданной на свободу из СИЗО обвиняемым Ходорковским, сообщили по центральному телевидению высшие иерархи Министерства юстиции. Между тем на самом деле речь шла об изъятии из досье адвоката листа бумаги, на котором ее рукой было записано несколько вопросов, которые она намеревалась обсудить с коллегами, при-

чем никто и не пытался доказать, что она этот листок хотя бы показывала Ходорковскому (впрочем, если бы это и имело место, в этом не было бы ничего не только противозаконного, но и вообще предвзятого — ве адвокат не вправе обсудить со своим подзащитным вопросы тактики его защиты?). Самое «криминальное», что было записано на пресловутом листке — фраза о том, что необходимо что-то уточнить у свидетелей защиты. Право просить у суда допросить свидетелей защитник имеет по закону, эти свидетели вполне правомерно именуются свидетелями защиты. Желание адвоката уточнить у свидетелей защиты, что именно они собираются сообщить суду, тоже правомерно: адвокат должен знать, стоит ли ему вообще этих людей приглашать в суд, а если они перед судом окажутся — о чем их спрашивать (ретивые сотрудники СИЗО запомнили, что свидетелей сперва допрашивает в суде сторона, из чего следует, что сторона — в данном случае защита — должна быть в курсе хотя бы того, какие вопросы задавать).

«Обижены» в УПК нормы не только об адвокатской, но и о нотариальной тайне. «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» содержат ряд норм о гарантиях сохранения нотариальной тайны. Нотариусу при исполнении служебных обязанностей, а также лицам, работающим в нотариальной конторе, запрещается разглашать сведения, оглашать документы, которые стали им известны в связи с совершением нотариальных действий, в т.ч. и после сложения полномочий или увольнения. УПК же никаких норм, корреспондирующих этим положениям «Основ законодательства о нотариате», не предусматривает.

Между тем речь идет о нормах, обеспечивающих конституционное право на неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайны (ст. 23 Конституции Российской Федерации). Конституция требует совсем иного отношения к неприкосновенности частной жизни. В силу требований ст. 18 Конституции Российской Федерации «права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием». Из этого следует, что нормы, направленные на обеспечение конституционных прав граждан — независимо от того, содержатся они в УПК или в других федеральных законах, — не могут иметь меньшую юридическую силу, чем нормы УПК РФ.

«Повезло» не только ст. 23 Конституции, нарушаемой опосредованно — в результате несоответствия норм УПК упомянутым нормам законодательства об адвокатуре и о нотариате. Точно так же

«повезло» конституционным нормам о приоритетности федеральных конституционных законов по отношению к «просто» федеральным законам, одним из которых и является УПК.

Депутат Государственной думы С.А. Попов отмечал на заседании Конституционного Суда Российской Федерации, рассматривавшего 3 июня 2004 г. запрос группы депутатов о конституционности ряда норм УПК РФ, что в соответствии с Федеральным Конституционным законом «О военных судах в Российской Федерации», вступившим в силу в 1999 г. и действующим по настоящее время, уголовные дела могут рассматриваться военными судами только коллегиально (ст. 15 и 23), причем упомянутый Федеральный Конституционный закон предусматривает рассмотрение уголовных дел по первой инстанции с участием народных заседателей. По УПК РФ народные заседатели дел более не рассматривают, а судьи вправе единолично рассматривать уголовные дела, по которым обвиняемым вменены преступления, за которые может быть назначено наказание вплоть до 20 лет лишения свободы. В соответствии со ст. 14 Федерального Конституционного закона «О военных судах в Российской Федерации» окружной (флотский) военный суд рассматривает по первой инстанции только уголовные дела о преступлениях, за совершение которых может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 15 лет, пожизненного лишения свободы или смертной казни. По УПК РФ подсудность окружных (флотских) военных судов гораздо шире — в соответствии с ч. 6 ст. 31 УПК РФ подсудность этих судов такая же, как у верховных судов республик в составе Российской Федерации, краевых, областных судов. Установленная УПК РФ подсудность упомянутых военных судов включает 555 составов, не отнесенных к их подсудности Федеральным Конституционным законом «О военных судах в Российской Федерации». Надо ли добавлять, что фактически военные суды сегодня руководствуются не Федеральным Конституционным законом, а УПК? Или еще одна задачка для первокурсников — будут ли отменены как вынесенные ненадлежащим составом суда приговоры, вынесенные единолично военными судьями?

С.А. Попов упомянул еще один федеральный конституционный закон, которому противоречит УПК РФ, — Федеральный Конституционный закон «Об уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» от 26 февраля 1997 г. Статьей 12 этого закона в числе гарантий независимости уполномоченного по правам человека предусмотрено, что он не может быть привлечен к уголовной ответственности без согласия Государственной думы. УПК РФ о согласии Государственной думы вообще не упоминает, относя

решение вопроса о привлечении уполномоченного по правам человека к уголовной ответственности к компетенции Генерального прокурора Российской Федерации. По Федеральному Конституционному закону при проведении проверки по жалобе уполномоченный вправе знакомиться с уголовными, гражданскими делами и делами об административных правонарушениях, решения (приговоры) по которым вступили в законную силу, а также с прекращенными производством делами и материалами, по которым отказано в возбуждении уголовных дел. УПК РФ такого права уполномоченному не предоставляет. На том же заседании Конституционного Суда сотрудник уполномоченного по правам человека с грустью заметил, что ни один суд не дал уполномоченному и его сотрудникам ни одного дела для ознакомления — на все запросы отвечали отказом, ссылаясь именно на ст. 7 УПК.

Противоречат положения ст. 7 и норме, содержащейся в ст. 15 Конституции Российской Федерации, повторенной в ч. 3 ст. 1 УПК РФ, согласно которой «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью законодательства Российской Федерации, регулирующего уголовное судопроизводство. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные настоящим Кодексом, то применяются правила международного договора». Ведь международные договоры заключаются уполномоченными на то лицами и вступают в силу после их ратификации, осуществляемой путем принятия соответствующего федерального закона. Если этот закон противоречит нормам УПК РФ, то этот закон (по ст. 7 УПК РФ) применению не подлежит. Налицо явное противоречие. Причем, как оказалось, несоответствие международного правового акта Кодексу может быть принципиально важным: в силу п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. «каждый имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявленного ему, на справедливое публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона». Между тем принципы независимости и беспристрастности суда, признававшиеся УПК РСФСР, из нынешнего УПК беспощадно удалены (и, как будет показано ниже, это повлекло весьма серьезные, практически важные негативные последствия).

Еще один пример непродуманности решения вопроса о придании УПК РФ особого статуса «закона над законами». Государствен-

ная Дума на основании п. «е» ст. 103 Конституции Российской Федерации наделена правом объявления амнистии. И правом этим Государственная Дума довольно активно пользуется. Амнистии, как известно, объявляются соответствующим постановлением Государственной думы. Постановление Государственной думы — это тоже «иной нормативный акт», кто спорит! В каждом из таких постановлений есть пункт, в котором записано: не возбуждать уголовные дела той или иной категории. Поскольку в ст. 24 УПК РФ такого основания для отказа в возбуждении уголовного дела, как издание акта об амнистии, нет, то, следовательно, по прямому указанию ст. 7 УПК РФ эти пункты постановлений об амнистии дознаватели, следователи, прокуроры и суды должны игнорировать. Дела возбуждать — только для того, чтобы потом их тут же прекращать на основании ст. 27 УПК РФ, п. 3 ч. 1 которой требует прекращения дела в случае издания акта об амнистии.

А.В. Смирнов обратил внимание на то, что в Гражданском кодексе РФ также есть норма о приоритете Кодекса (на этот раз Гражданского) над другими законами.

Вполне возможна ситуация, в которой, например, при решении вопросов о возмещении ущерба, разрешении гражданского иска, возмещении имущественного вреда при реабилитации, при рассмотрении конкретного дела возникнет конкуренция между нормами УПК и ГК*.

Можно догадаться, что пером разработчиков УПК РФ водила святая вера в приоритетность каждого закона в сфере его регулирования. Казалось бы, с этим и спорить нельзя: уголовное судопроизводство — царство уголовно-процессуального закона, здесь должен править бал процессуальный закон. Это было бы верно, если бы можно было четко разделить сферы регулирования законов, если бы эти сферы не пересекались. На самом деле такое разделение всегда условно. В жизни, как отмечал развенчанный классик, не бывает черного и белого, а есть бесконечные оттенки серого. Даже понятие химической чистоты весьма условно — то, что мы считаем химически чистым, на самом деле содержит изрядную долю различных примесей. Людские отношения неизмеримо сложнее, разделение их на различные сферы вообще условно, а выделение «химически чистых» сфер — задача принципиально невыполнимая. Нормы о правах и свободах человека и их гарантиях касаются не только уголовного судопроизводства и содержатся не

* Смирнов А., Калиновский К. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). СПб.: Питер, 2003. С. 73–74.

только в Уголовно-процессуальном законе. По-видимому, может быть выстроена определенная иерархия норм, в которой нормы процессуальные не всегда должны занимать верхние ступеньки. Во-первых, бесспорно выше процессуальных нормы, содержащиеся в Конституции. Во-вторых, в определенном смысле можно считать, что уголовный процесс — форма существования уголовного материального права. Материальное уголовное право не может реализоваться без уголовного процесса, оно существует как бы в процессуальных одеждах. Из этого следует, что уголовно-процессуальные нормы и нормы материального уголовного права должны определенным образом соответствовать друг другу. Уголовный процесс должен быть выстроен так, чтобы наилучшим образом реализовались нормы уголовного материального закона. Так, в ст. 10 УК РФ, закрепляющей положения об обратной силе закона, устраняющего преступность деяния, указано, что такой закон распространяется на лиц, совершивших соответствующие деяния до вступления этого закона в силу, в т.ч. на лиц, отбывающих наказание или отбывших наказание, но имеющих судимость. Очевидно, что в процессуальном законе должна быть норма о прекращении уголовного преследования лиц, на которых эта норма распространена уголовным законом. Трудно в связи с этим объяснить, почему согласно ч. 2 ст. 24 УПК РФ уголовное дело подлежит прекращению, в случае когда преступность и наказуемость этого деяния были устранены новым уголовным законом, только до вступления приговора в законную силу. Предлагается решать этот вопрос в порядке, предусмотренном главой 47 УПК РФ, на том основании, что в соответствии с п. 13 ст. 397 УПК РФ в числе вопросов, связанных с исполнением приговора, суд рассматривает и вопрос об освобождении от наказания или о смягчении наказания вследствие издания уголовного закона, имеющего обратную силу. Однако в таком решении заключено немало лукавства — на людей, освобожденных от наказания таким способом, не распространяются нормы о реабилитации. Государство, даже если оно признает, что уголовная ответственность за то или иное деяние была установлена неосновательно, и отменит соответствующий закон, людей, осужденных по этому закону, продолжает считать преступниками. Если осужденных за антисоветскую пропаганду или за распространение клеветнических измышлений о советском государстве и общественном строе после упразднения приснопамятных ст. 78 и 190¹ УК РСФСР реабилитировали, то, повторюсь подобная ситуация теперь, ни о какой реабилитации и речи быть не может.

В Постановлении № 13-П от 29 июня 2004 г. Конституционный Суд Российской Федерации по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной думы разъяснил, что «положения ч. 1 и 2 ст. 7 УПК Российской Федерации — по своему конституционно-правовому смыслу в системе норм — не затрагивают установленную Конституцией Российской Федерации иерархию нормативных актов в правовой системе Российской Федерации и не предполагают распространение приоритета Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации на разрешение возможных коллизий между ним и какими бы то ни было федеральными конституционными законами, а также между ним и международными договорами Российской Федерации. Если же в ходе производства по уголовному делу будет установлено несоответствие между федеральным конституционным законом (либо международным договором Российской Федерации) и Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации (который является обычным федеральным законом), применению — в силу ст. 15 (ч. 4) и ст. 76 (ч. 3) Конституции Российской Федерации — подлежит именно федеральный конституционный закон или, соответственно, международный договор Российской Федерации как обладающие большей юридической силой по отношению к обычному федеральному закону». Как видим, Конституционному Суду пришлось истолковать норму УПК не в полном соответствии с формальной логикой. Это во-первых, а во-вторых, как быть с иными правовыми актами — не федеральными конституционными законами и не международными договорами, например, с постановлениями Госдумы об амнистии?

В постановлении Конституционного Суда указано также, что «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации, который, согласно ч. 1 его ст. 1, устанавливает порядок уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации, будучи обычным федеральным законом, не имеет преимуществ перед другими федеральными законами с точки зрения установленной непосредственно Конституцией Российской Федерации иерархии нормативных актов. В отношении федеральных законов как актов одинаковой юридической силы применяется правило «*lex posterior derogat priori*» («последующий закон отменяет предыдущие»), означающее, что, даже если в последующем законе отсутствует специальное предписание об отмене ранее принятых законоположений, в случае коллизии между ними действует последующий закон; вместе с тем, независимо от времени принятия приоритетны-

ми признаются нормы того закона, который специально предназначен для регулирования соответствующих отношений». Увы, здесь есть некоторая неточность. Правило «*lex posterior derogat priori*» непосредственно в Конституции не закреплено. И поэтому любые наши ссылки на то, что Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» принят позже УПК, легко парируются тем, что в УПК после принятия этого Федерального закона никаких изменений не внесено, а Конституционный Суд конституционность ст. 7 УПК подтвердил. Указав, что УПК РФ, «будучи обычным федеральным законом, не имеет преимущества перед другими федеральными законами с точки зрения установленной непосредственно Конституцией Российской Федерации иерархии нормативных актов», Конституционный Суд не указал критериев, позволяющих определить, в каких случаях следует руководствоваться УПК, а в каких — другим федеральным законом. Кроме одного — УПК приоритетен в вопросах, касающихся порядка судопроизводства. Однако же Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» в п. 3 ст. 8 предусмотрел требование о необходимости получения судебного разрешения на проведение «следственных действий в отношении адвоката (в т.ч. в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности)», и в той же статье: «Полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий (в т.ч. после приостановления или прекращения статуса адвоката) сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей». Эти нормы очевидно регулируют порядок судопроизводства. Или к порядку судопроизводства, составляющему исключительную компетенцию УПК, относится только последовательность действий суда, следователя и иных участников процесса? Уповать на то, что следователь и прокурор со студенческой скамьи запомнили мудрое правило древних римлян об отмене старого закона вновь принятым, не приходится — и не только потому, что наша Конституция (повторюсь) напрямую такого правила не содержит, но еще и потому, что новый закон в данном случае отменяет не все правила УПК и определять, какое правило еще исполнять, а какое — уже не надо, должен сам следователь. И определяют — сотрудники СИЗО роются в адвокатских досье и без всяких судебных решений изымают оттуда бумаги, которые следователи приобщают к уголовным делам, без всяких судебных разрешений производят обыски в помещениях, использу-

емых адвокатами для осуществления адвокатской деятельности. Такова печальная практика, явно противоречащая добрым пожеланиям Конституционного Суда.

Представляется, что иерархия законодательных актов должна быть более определенной. Венчать пирамиду законов должна, естественно, Конституция, следующие по силе акты — федеральные конституционные законы. Далее следуют федеральные законы. Исходя из положений ст. 18 Конституции о том, что права и свободы человека «определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием», федеральные законы (ФЗ, а не ФКЗ), закрепляющие права (в т.ч. и процессуальные) физических и юридических лиц, должны признаваться приоритетными по отношению к законам, определяющим процедуру.

Такая иерархия законов могла бы быть закреплена специальным законом — к примеру, Федеральным законом «О системе законодательства Российской Федерации». Если такой закон по каким-либо причинам окажется невозможно принять (а также на время до его принятия, если предложение будет сочтено заслуживающим внимания), правила о приоритетности законов могут быть определены Конституционным Судом (частично это уже сделано) путем истолкования Конституции и конституционного смысла законов. Беда только в том, что трудно представить рядового (и даже не очень рядового) следователя, который для уяснения, какой закон применять — УПК или, к примеру, Федеральный закон «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», станет изучать Постановление Конституционного Суда от 23 апреля 2004 г. № 9-П по делу о проверке конституционности отдельных положений федеральных законов «О федеральном бюджете на 2002 год», «О федеральном бюджете на 2003 год», «О федеральном бюджете на 2004 год» и приложений к ним в связи с запросом группы членов Совета Федерации и жалобой гражданина А.В. Жмаковского. Где следователь — и где федеральные законы о бюджете? А ведь на это постановление ссылается Конституционный Суд в Постановлении от 29 июня 2004 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной думы. Хотелось бы, чтобы наши следователи (и прокуроры, и судьи) в подавляющем большинстве разбирались в вопросах теории права, регулярно читали постановления Конституционного Суда, решения Европейского Суда по правам чело-

века да еще бы помнили начала римского права. Но, увы, дай Бог им хоть УПК до конца прочитать.

Пока же выход один — руководствоваться толкованием УПК, данным Конституционным Судом, обжаловать действия и решения следователей и прокуроров в суды, а действия и решения судов — в вышестоящие суды, надеясь (хотелось бы надеяться!), что, может быть, хоть в Верховном Суде нас услышат, поймут и защитят закон.

Конституционный Суд Российской Федерации в своих решениях подчеркивал необходимость учета особенностей предмета регулирования тех или иных законодательных актов при разрешении возникающих между ними коллизий. Так, в Постановлении от 27 февраля 2003 г. по делу о проверке конституционности положения ч. 1 ст. 130 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации Конституционный Суд Российской Федерации пришел к выводу, что в силу ст. 46, 47, 49 (ч. 1), 50, 118 и 126 Конституции Российской Федерации и конкретизирующих их норм уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного законодательства в правовой системе Российской Федерации нормы, призванные определять порядок осуществления уголовного преследования и возложения на лицо уголовной ответственности и наказания, а также порядок исполнения и отбывания наказания, не могут подменять или отменять положения уголовного законодательства, определяющие преступность и наказуемость деяний, а также виды и размеры наказаний. После принятия Федерального закона от 8 декабря 2003 г. суды в порядке, определенном п. 13 ст. 397 УПК РФ, приводили приговоры в соответствие с этим законом, решая, однако, не только вопросы наказания, но и вопросы квалификации, исключая из приговоров те или иные статьи или пункты статей. Делалось это с ведома Верховного Суда. Происходило это (и будет такое происходить впредь, если УПК не подвергнется в этой части изменениям) ввиду расхождения между ст. 10 УК РФ, в соответствии с которой обратная сила закона, смягчающего либо устраняющего ответственность, распространяется на лиц, отбывающих наказание или отбывших наказание, но имеющих судимость (т.е. на тех, приговоры в отношении которых давно вступили в законную силу), и положениями УПК. Дело в том, что в соответствии с ч. 2 ст. 24 УПК РФ уголовное дело подлежит прекращению за отсутствием состава преступления лишь в случае, когда до вступления приговора в законную силу преступность и наказуемость этого деяния были устранены новым уголовным законом. Если же приговор вступил в силу, то вопрос о применении обратной силы нового уголовного закона предлагается решать именно согласно п. 13 ст. 397 УПК.

Статья эта регулирует вопросы, связанные с исполнением приговора, а п. 13 предусматривает освобождение от наказания или смягчение наказания вследствие издания уголовного закона, имеющего обратную силу, в соответствии со ст. 10 Уголовного кодекса Российской Федерации — и только.

Очевидно, что изменение (либо отмена) приговора ввиду изменения квалификации (либо признания деяния вообще не преступным) выходит за рамки исполнения и не исчерпывается освобождением либо смягчением наказания. Новый закон, устраняющий преступность деяния, тем самым устраняет уголовную ответственность, а ответственность не исчерпывается наказанием.

Принципы уголовного судопроизводства

Презумпция невиновности

В главе 2 Кодекса «Принципы уголовного процесса» нет даже упоминания о конституционных принципах гласности, независимости судей, осуществления правосудия на началах равенства граждан перед законом и судом. Гласность отнесена к частным принципам, касающимся только судебного производства, и потому перекочевала в ст. 241 УПК РФ.

Принципу презумпции невиновности повезло больше. Он в Кодексе продекларирован в качестве одного из общих принципов, и в главу 2 статья о презумпции невиновности (ст. 14) включена. Но от декларации до дела — «дистанция огромного размера». Авторы Кодекса отнесли к обстоятельствам, подлежащим доказыванию, обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния (п. 5 ч. 1 ст. 73). Между тем «обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния» — это обстоятельства, подтверждающие невиновность, а невиновность презюмировалась и не подлежала доказыванию даже по УПК РСФСР. Эта норма фактически аннулирует презумпцию невиновности и противоречит как Конституции Российской Федерации, так и нормам международного права. Так, например, на протяжении ряда лет обоснованную критику (не только теоретиков, но и верховных судов — и Союза ССР, и России) вызывала практика применения норм о необходимой обороне. Рассмотрение дел этой категории нередко заканчивалось необоснованным осуждением за убийство либо причинение вреда здоровью в ситуации самозащиты либо защиты других лиц людей, не превысивших пределы необходимой обороны. Это зачастую было обусловлено именно тем, что в ситуациях, связанных с самозащитой или защитой других лиц, государственных либо общественных интересов, обязанность доказывания наличия необходимой обороны возлагалась на защиту, вместо того чтобы требовать от обвинения доказательств того, что пределы необходимой обороны превышены (либо вообще необходимая оборона не имеет места). Новый Кодекс в этих случаях фактически освобождает обвинение от обязанности доказать наличие оснований уголовной ответственности.

Ненормальность такого положения была замечена группой депутатов Государственной думы, которые обратились в Конститу-

ционный Суд Российской Федерации с запросом о конституционности ряда статей УПК РФ, в т.ч. ст. 7 и 15. Статья 73 УПК не фигурировала в запросе и, соответственно, в Постановлении Конституционного Суда от 29 июня 2004 г. № 13-П по этому запросу. Вместе с тем, в постановлении Конституционного Суда касательно ч. 2 ст. 15 УПК РФ указано, что «по своему конституционно-правовому смыслу в системе норм уголовно-процессуального законодательства содержащиеся в ней положения, как не предполагающие ограничение действия конституционного принципа состязательности, не освобождают должностных лиц государственных органов — участников уголовного судопроизводства от выполнения при расследовании преступлений и судебном разбирательстве уголовных дел конституционной обязанности по защите прав и свобод человека и гражданина, в т.ч. от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, иного ограничения прав и свобод». Очевидно, что это толкование положений ч. 2 ст. 15 УПК Конституционным Судом должно быть распространено и на положения п. 5 ч. 1 ст. 73 УПК РФ. Презумпция невиновности — это принцип, закрепленный в Конституции Российской Федерации дважды:

■ во-первых, непосредственно в ст. 49, в соответствии с которой «1. Каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда. 2. Обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. 3. Неустранимые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого»;

■ во-вторых, в ч. 4 ст. 15, которая устанавливает приоритетность общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации над национальными правовыми нормами. Презумпция невиновности, как известно, является общепризнанным принципом международного права (п. 2 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод).

В упомянутом постановлении Конституционного Суда указано, что положения ч. 2 ст. 7 УПК РФ об «эксклюзивности» УПК на Конституцию, слава Богу, не распространяются.

Таким образом, п. 5 ч. 1 ст. 73 УПК следует понимать так, что обвинение должно доказать отсутствие обстоятельств, исключających преступность и наказуемость деяния, а не наоборот — т.е. буква закона очевидно расходится с его конституционно-правовым смыслом.

Беспристрастность суда

Не все процессуалисты признают необходимость включения в Кодекс статей о принципах судопроизводства из-за их декларативного характера. Такой позиции придерживаются, в частности, проф. В.Т. Томин, доц. М.П. Поляков и доц. А.С. Александров*. Не считая необходимым вступать в полемику по этому вопросу, отметим только, что раз уж принципы в Кодексе перечислены в отдельной главе, то отсутствие какого-либо из них в этом перечне приобретает особое значение. Невключение положения, ранее признававшегося принципом судопроизводства, да и теперь признаваемого таковым большинством процессуалистов, — это не случайное упущение законодателя, а осмысленная позиция. Отсутствие принципа само становится принципом — противоположным по содержанию, антипринципом.

Гласность, независимость судей, осуществление правосудия на началах равенства граждан перед законом и судом были названы принципами уголовного судопроизводства в проекте УПК РФ, представленном в Государственную думу на первое чтение, но ко второму чтению они из законопроекта исчезли (причем в нарушение регламента Госдумы — по инициативе разработчиков Кодекса: в ходе первого чтения исключить их из Кодекса никто из депутатов не предлагал). Докладчик — заместитель председателя Комитета по законодательству Е.Б. Мизулина, возражая на замечания депутатов по этому поводу, объяснила, что гласность — принцип не всеобщий, касается только судебных стадий процесса, и потому статья о гласности перекочевала в соответствующий раздел, поближе к судебному разбирательству. Вряд ли это верно, но не будем спорить, спросим лучше: а почему независимость судей и равенство граждан перед законом и судом перекочевали вообще куда-то за пределы Кодекса? Надобность в законодательном подтверждении этих принципов никем и никогда не оспаривалась. Зачем их выкорчевали из Кодекса? Допустим, равенство граждан перед законом и судом — принцип конституционный, закрепленный в ст. 19 Конституции Российской Федерации, и потому его не стали упоминать из экономики. Но почему в числе принципов судопроизводства — ни в упомянутой главе 2, ни в главах, посвященных судебному производству, — нет упоминания о беспристрастности суда (судей)? Не

* Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Вводный // Под ред. заслуженного деятеля науки России, докт. юрид. наук, проф. В.Т. Томина. М.: Изд-во «Юрайт-М», 2002. С. 26 – 27.

ужели законодатель тем самым признал правомерным существование его антипода — принципа пристрастности судопроизводства?

В международном праве беспристрастность суда признана необходимым условием судопроизводства — небеспристрастный суд самим существованием своим нарушает права и свободы: как отмечено выше, п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г., к которой присоединилась и Российская Федерация, право каждого на беспристрастный суд отнесено к основным правам человека. В силу ст. 15 Конституции Российской Федерации «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Однако же в УПК РФ беспристрастность суда среди принципов судопроизводства не упоминается. Некоторые, далеко не полные, гарантии от пристрастности и необъективности суда предусмотрены лишь нормами о невозможности участия судьи в рассмотрении дела. Но и здесь законодателем принято решение, противоречащее самой сути положений о беспристрастном суде.

Оценка и, соответственно, выражение судьей мнения о доказанности обвинения и правильности юридической квалификации действий обвиняемого до удаления судьи в совещательную комнату для вынесения приговора должны быть признаны основанием для невозможности последующего участия судьи в рассмотрении дела судом любой инстанции, поскольку судья в этом случае не может быть беспристрастным. Статья 63 УПК РФ о невозможности повторного участия судьи в рассмотрении дела (в редакции, действовавшей до 29 мая 2002 г.) включала норму, в соответствии с которой судья не мог «участвовать в рассмотрении уголовного дела в суде первой или второй инстанции либо в порядке надзора, а равно участвовать в новом рассмотрении уголовного дела в суде первой или второй инстанции, если он в ходе досудебного производства принимал решение:

- 1) о применении к подозреваемому, обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу либо продлении срока содержания обвиняемого под стражей;
- 2) по результатам проверки законности и обоснованности применения в отношении подозреваемого или обвиняемого задержания, заключения под стражу, а также продления срока его содержания под стражей».

Решая вопрос о применении к обвиняемому (подозреваемому) меры пресечения в виде заключения под стражу, судья неминуемо должен быть убежден в том, что применяет эту меру к человеку, обоснованно обвиненному в совершении преступления (и не преступления вообще, а такого преступления, которое влечет наказание свыше двух лет лишения свободы), и в том, что иные меры к этому человеку неприменимы — т.е. оценить представленные материалы с точки зрения и достаточности доказательств, и правильности применения уголовного закона, и даже данных о личности обвиняемого. Иначе приходится предположить, что судья, применяя заключение под стражу в качестве меры пресечения, допускает, что арестовывает невиновного человека (или виновного в таком деянии, которое исключает возможность ареста). Федеральным законом № 58-ФЗ от 29 мая 2002 г. (п. 20 ст. 1) норма о невозможности дальнейшего участия в деле судьи, рассматривавшего вопрос об аресте, из ст. 63 УПК РФ была исключена. Как будто бы невдомек законодателю, что, приняв решение об аресте обвиняемого, судья уже психологически связан этим решением, что он будет отстаивать это решение и в ходе дальнейшего рассмотрения дела хотя бы для того, чтоб показать, что был убежден в виновности того, кого он арестовывал. Реальным основанием для исключения указанной нормы из УПК РФ были, конечно, соображения о недостаточности числа судей — в стране много малосоставных судов, в которых без увеличения численности судей соблюсти упомянутую норму было затруднительно. Однако соображения организационного характера, в т.ч. о нехватке персонала, не должны ставиться выше принципов. Никто ведь не предлагает из-за нехватки судей поручить вынесение приговоров следователям или оперработникам. А какая бы экономия вышла!

Европейский Суд по правам человека признал нарушением требования беспристрастности рассмотрение уголовного дела судьей, который ранее вынес несколько решений о продлении срока содержания подсудимого под стражей (судебное решение по делу Хаусшильдт от 24 мая 1989 г., Series A, No 154; см. Donna Gomien, David Harris, Leo Zwaak. Law and practice of the European convention of human rights and the European social charter. Council of Europe Edition of Conseil de l'Europe. В русском переводе издано Московским независимым институтом международного права, Москва, 1998 г.). Но, видимо, что немцу хорошо, русскому — смерть.

В Государственную думу в 2002 г. был внесен законопроект, в котором предлагается восстановить в ст. 63 УПК РФ норму, предусматривающую невозможность участия в рассмотрении уголовно-

го дела по существу судьи, который ранее по этому же делу принимал решение о применении либо о продлении срока ареста. До настоящего времени законопроект не рассмотрен.

Противоречат принципу беспристрастности суда и положения ст. 64 УПК РФ о невозможности заявления отвода судье после начала судебного следствия либо после формирования коллегии присяжных заседателей в случаях, когда основание для отвода ранее не было известно стороне. Вряд ли можно приговор, вынесенный ненадлежащим судьей, считать законным только потому, что сторона вовремя не использовала право заявить отвод. Надо учесть еще, что зачастую судьи сами решают вопрос об обоснованности заявленного им отвода (п. 3 и 4 ст. 65 УПК РФ) и возобновление ранее заявленного и не удовлетворенного отвода УПК не предусматривает. А если отвод заявлен по мотивам необъективности и небеспристрастности судьи, проявившихся уже на начальных стадиях процесса? В ходе процесса эти качества судьи проявляются все ярче, но отвод заявлять уже поздно. Казалось бы, ввели единоличное рассмотрение уголовных дел, по которым судья может назначить наказание до 20 (!) лет лишения свободы, — надо предусмотреть максимальные гарантии против судейской необъективности и небеспристрастности. Трудно отделаться от впечатления, что законодатели старались сделать УПК удобным для судей, а не безопасным для обвиняемых.

И здесь все то же пренебрежение людскими судьбами, все то же пренебрежительное отношение к человеку: виноват, не виноват — какая разница, пусть сидит. Как будто не отдал наш народ десятки миллионов человек в жертву квазиправосудию прежних лет! Сколько еще невинных нужно казнить, чтобы не на словах, не в качестве хилого фигового листочка на мощном теле исполнительной власти существовало у нас правосудие, чтобы признали мы разумность и необходимость тех правовых институтов и принципов, до которых цивилизованное человечество давно додумалось?

По-видимому, для решения вопроса о правомерности заявления об отводе судьи либо присяжного заседателя в случаях, если оно не было заявлено до начала судебного следствия, полезным было бы обращение в Конституционный Суд Российской Федерации. Возможно, Конституционный Суд вынесет в таком случае так называемое позитивное определение, сославшись на свою позицию, высказанную в Постановлении от 29 июня 2004 г. № 13-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы.

Согласно этой позиции отсутствие обязанности обвиняемого доказывать свою невиновность «не означает, что в случае отказа обвиняемого от участия в доказывании или неспособности по каким-либо причинам осуществлять его, доказательства невиновности могут не устанавливаться и не исследоваться. То обстоятельство, что обвиняемый воспользовался названным конституционным правом, не может служить основанием ни для признания его виновным в инкриминируемом преступлении, ни для наступления каких-либо неблагоприятных последствий, связанных с применением процессуальных санкций, в т.ч. с ограничением возможности реализации им своих процессуальных прав». Исходя из этого, можно утверждать, что неиспользование подсудимым права заявить отвод судье на предыдущих стадиях процесса также не может служить основанием для ограничения подсудимого в этом праве на последующих стадиях.

Охрана прав и свобод человека

Охрана прав и свобод человека провозглашена одним из принципов уголовного судопроизводства (ст. 11 УПК РФ). Принцип — это основополагающее правило всеобщего значения. Вон ведь как с гласностью обошлись: раз относится только к суду, то и поместили статью о гласности в главу об общих условиях судебного разбирательства. Охрана прав и свобод человека провозглашена как общий принцип уголовного судопроизводства, значит, и должен этот принцип распространяться на всех людей, попадающих в орбиту судопроизводства, независимо от стадии процесса и от их процессуального статуса. На деле охрана прав и свобод человека по некоторым позициям носит избирательный характер.

Пункт 3 ст. 5 УПК РФ определяет близких лиц как иных, за исключением близких родственников и родственников, лиц, состоящих в свойстве с потерпевшим, свидетелем, а также лиц, жизнь, здоровье и благополучие которых дороги потерпевшему, свидетелю в силу сложившихся личных отношений. Обвиняемый и подозреваемый здесь не упоминаются. Это могло быть объяснено тем, что потерпевший и свидетель вправе отказаться от дачи показаний, ссылаясь на ст. 51 Конституции Российской Федерации, тогда как подозреваемому и обвиняемому такая ссылка не нужна, в отличие от потерпевшего и свидетеля дача показаний — это их право, а не обязанность. Но родственников, свойственников и близких лиц Кодекс упоминает не только в связи с возможностью отказа от дачи показаний. Часть 3 ст. 11 УПК РФ предусматривает, что «при нали-

чи достаточных данных о том, что потерпевшему, свидетелю или иным участникам уголовного судопроизводства, а также их близким родственникам, родственникам или близким лицам угрожают убийством, применением насилия, уничтожением или повреждением их имущества либо иными опасными противоправными деяниями, суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель принимают в пределах своей компетенции в отношении указанных лиц меры безопасности, предусмотренные ст. 166 ч. 9, ст. 186 ч. 2, ст. 193 ч. 8, ст. 241 п. 4 ч. 2 и ст. 278 ч. 5 настоящего Кодекса».

Почему здесь не упомянуты обвиняемый и подозреваемый? Разве они нуждаются только в обеспечении права на защиту, а других защищаемых прав не имеют? По-видимому, по мысли разработчиков Кодекса, воспринятой законодателем, у обвиняемого или подозреваемого не может быть таких близких, жизнь, здоровье и благополучие которых им дороги в силу сложившихся личных отношений. Между тем, даже если исходить из приоритетности интересов следствия (что, впрочем, прямо противоречит Конституции), получение показаний подозреваемого или обвиняемого о роли их соучастников в преступлении нередко напрямую зависит от возможности обезопасить их близких от мести тех, кого их показания изобличают. Проблема обеспечения безопасности свидетелей, потерпевших и их близких приобретает особое значение по делам о преступлениях, совершенных организованными преступными группировками. Но по тем же делам не меньшее значение, очевидно, имеет и безопасность лиц, близких к подозреваемому (обвиняемому), — трудно рассчитывать на признание вины членом организованной преступной группировки (тем более — на его показания о преступной деятельности других участников преступной группировки), если он знает, что близкие ему люди не защищены от мести соучастников.

Из этого следует по крайней мере один печальный вывод: к обвиняемому (подозреваемому) законодатель все еще относится скорее как к объекту процессуальных действий властных органов, нежели как к равноправному субъекту процесса. Эта позиция прослеживается и в других нормах Кодекса. Так, в соответствии с п. 16 ст. 47 УПК РФ обвиняемый вправе участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй и надзорной инстанций. В то же время ч. 3 ст. 376 УПК предусмотрено, что осужденный, содержащийся под стражей и заявивший о своем желании присутствовать при рассмотрении жалобы или представления на приговор, вправе участвовать в судебном заседании непосредственно либо изложить свою позицию путем использования систем видеоконфе-

ренцсвязи. При этом вопрос о форме участия осужденного в судебном заседании решается судом. Суды практически всегда предпочитают использовать видеоконференцсвязь (слово-то какое, Господи, его раньше и в языке нашем не было; поистине, творцы УПК заслужили лавры не только законодателей, но и языкотворцев). Мне довелось впервые увидеть, что это такое, в кассационном заседании Верховного Суда России. Слушалось дело по кассационным жалобам двоих осужденных Верховным Судом Республики Марий Эл. Осужденные изъявили желание участвовать в кассационном заседании и были для этого этапированы из Йошкар-Олы в Москву. Войдя в зал заседания, я не увидел моих подзащитных, вместо них на подставке (или на консоли на стене, сейчас не упомню, да это и не важно) — монитор с большим экраном. На вопрос, где же осужденные, судьи мне ответили, что, дескать, я их на экране увижу. На мое заявление, что они имеют право лично участвовать в кассационном заседании, чтобы, глядя судьям в глаза, высказать то, что считают нужным, а судьи — глядя им в глаза, выслушать их, я услышал: «Ишь, явился здесь права качать. А мы не хотим им в глаза смотреть». И это Верховный Суд России — наш ареопаг. Говорят, в некоторых местах уже наладили проводить такие видеоконференции, даже не доставляя осужденного в город, где находится суд кассационной инстанции. Между тем «изложить свою позицию» по телевизору и «участвовать в судебном заседании» — это далеко не одно и то же. Я понимаю, что доставлять осужденных каждый раз в заседания судов кассационной инстанции хлопотно. Но нельзя же соображения удобства ставить выше принципов права. Такое превращение кассационного разбирательства чуть ли не в телевизионное шоу еще раз подчеркивает: государство в лице судебной власти не желает слушать своих граждан, граждане здесь — лишь объект для экспериментов, элемент, надоевший и мешающий осуществлять высокую функцию правосудия. Ситуация для российских (а еще раньше — советских) граждан привычная. У нас всегда продавцам мешали покупатели, врачам — больные, чиновникам — посетители. Но ведь это Суд, а не скобяная лавка и не контора ЖЭКа! (Кстати, в конечном итоге мои подзащитные из Йошкар-Олы оказались невиновными и после отмены приговора при новом рассмотрении дела были оправданы; не виновным ни в чем гражданам не дали возможности лично отстаивать свои права перед высшим охранителем этих прав — Верховным Судом!)

Следующий сюжет, иллюстрирующий заботу законодателя об охране прав и свобод человека, относится к конспиративности расследования.

Нередко средства массовой информации по инициативе или с ведома органов предварительного расследования сообщают информацию о расследуемых уголовных делах. Часто эти сообщения содержат утверждения о виновности человека. Но даже если при этом сообщается «всего лишь» о возникшем в отношении него подозрении или о предъявлении обвинения либо делается вежливый кивок в сторону презумпции невиновности («...теперь вину NN установит суд...») — одна из любимых формулировок московских журналистов), дело сделано — негативная информация о человеке распространена, его репутация опорочена. Нередко в прессе выступают со своими разоблачениями сами работники следствия и прокуроры. Так, в 2003 - 2004 гг. внимание общественности усиленно приковывалось к делу, именуемому в печати «делом врачей-потрошителей» — о том, как врачи-трансплантологи приготовились изымать у якобы еще живого человека обе почки, а героическими усилиями столичной милиции и прокуратуры их действия были пресечены. По телевидению выступили два прокурорских заместителя — заместитель одного из межрайонных прокуроров Москвы и один из заместителей Генерального прокурора России. Заявления были весьма категоричны (они, дескать, приготовились совершить умышленное убийство, чтобы изъять органы у живого человека, а «мы схватили их за руку!..»), не только названы были имена врачей (которых еще никто не признал виновными и которым даже еще не предъявили обвинения), но они были показаны по телевидению, в газетах были помещены их фотографии. В то же время о существенных обстоятельствах, свидетельствующих о невиновности врачей, умалчивалось. Сведения о деле проходили в ряде средств массовой информации — в частности, по телевидению, в газете «Комсомольская правда» и в Интернете. Для того чтобы опровергнуть это утверждение, сами подозреваемые и их защитники могли бы воспользоваться правом на ответ, предусмотренным ст. 46 Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации». Но для этого в ответе необходимо было бы сослаться на заключение судебно-медицинской экспертизы, из которого видно, что к моменту приготовления операции по изъятию почек больной был уже мертв. Без этого сама публикация ответа была бы бессмысленной. С этим заключением защита была ознакомлена следователем в соответствии с п. 6 ч. 1 ст. 198 УПК РФ. Однако сделать это ни сами подозреваемые, ни их защитники были не вправе, поскольку у них в соответствии со ст. 161 УПК РФ была отобрана подписка о неразглашении данных предварительного следствия. Сотрудник прокуратуры в своем интервью о заключе-

нии экспертизы умолчал, поэтому ссылка на заключение экспертизы в данном случае могла бы быть квалифицирована как нарушение подписки — разглашение данных предварительного следствия, не сообщенных органами следствия для всеобщего сведения.

Предоставляя право обвинению в лице органов предварительного следствия возлагать на подозреваемого (обвиняемого) и их защитников обязанность не разглашать ставшие им известными данные предварительного следствия (в ст. 161 УПК РФ) и в то же время не предусматривая никаких ограничений прав стороны обвинения в разглашении этих данных (в т.ч. и в средствах массовой информации), Уголовно-процессуальный кодекс тем самым создает дисбаланс прав обвинения и защиты, лишая подозреваемого (обвиняемого) адекватных средств защиты от высказываемых в прессе подозрений и обвинений, в частности препятствует реализации их права на ответ, предусмотренного ст. 46 Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации». Такое положение противоречит конституционному принципу осуществления судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон, провозглашенному ч. 3 ст. 123 Конституции Российской Федерации.

Депутатами фракции «ЯБЛОКО» в Госдуме прежнего созыва был внесен законопроект о дополнении ст. 161 УПК РФ нормой о том, что в случае предания гласности данных предварительного следствия прокурорами, следователями, дознавателями подписку о неразглашении, отобранную у других участников процесса, следует считать утратившей силу. Но «ЯБЛОКА» в Думе уже нет, законопроект пылится на полке, прокуроры же (и не только прокуроры) продолжают делать громогласные заявления в прессе о виновности всех и вся.

Ревниво относясь к попыткам защиты предать гласности «тайну» следствия, прокуроры и следователи в то же время весьма небрежно относятся к тайне частной жизни, и законодатель никаких препятствий этой небрежности не создает.

В целях сохранения неприкосновенности частной жизни, личной и семейной тайны, гарантированных каждому ст. 23 Конституции Российской Федерации, законодательством об адвокатуре и законодательством о нотариате предусмотрены меры по ограничению доступа к сведениям, связанным с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю, сведениям и документам, ставшим известными нотариусу в связи с совершением нотариальных действий.

Неотъемлемой частью конституционного права на защиту, гарантированного ст. 48 Конституции Российской Федерации, явля-

ется конфиденциальность отношений адвоката с лицом, которому он оказывает юридическую помощь. В соответствии со ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в т.ч. в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения, а полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий (в т.ч. после приостановления или прекращения статуса адвоката) сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей.

Статьей 5 «Основ законодательства Российской Федерации о нотариате» нотариусу при исполнении служебных обязанностей, а также лицам, работающим в нотариальной конторе, запрещается разглашать сведения, оглашать документы, которые стали им известны в связи с совершением нотариальных действий, в т.ч. и после сложения полномочий или увольнения. В соответствии с указанной статьей «Основ» сведения (документы) о совершенных нотариальных действиях могут выдаваться только лицам, от имени или по поручению которых совершены эти действия. Кроме того, «справки о совершенных нотариальных действиях выдаются по требованию суда, прокуратуры, органов следствия в связи с находящимися в их производстве уголовными или гражданскими делами, а также по требованию арбитражного суда в связи с находящимися в его разрешении спорами». Справки, а не копии нотариальных документов, тем более — не сами эти документы!

В соответствии со ст. 55 Конституции Российской Федерации «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». На основании этой конституционной нормы уголовно-процессуальное законодательство допускает в определенных случаях при соблюдении определенных гарантий возможность получения органами дознания, предварительного следствия и судами сведений, составляющих адвокатскую и нотариальную тайну. Однако предусмотренные действующим уголовно-процессуальным законодательством меры, препятствующие свободному доступу к сведениям, составляющим адвокатскую и нотариальную тайну, недостаточны. Речь идет не о

доступности указанных сведений для следователя и суда (хотя очевидно, что любопытство следователей и судей тоже не должно быть безграничным). Речь идет о том, что по окончании предварительного расследования все материалы дела должны быть предъявлены обвиняемому, потерпевшему и другим участникам процесса, о том, что эти материалы могут быть оглашены для всеобщего сведения в открытых судебных заседаниях.

При этом в материалах дела вполне могут оказаться нотариальные документы, непосредственного отношения к делу даже и не имеющие. Так, по делам о преступлениях, связанных с использованием поддельных нотариальных документов, нередки случаи изъятия у нотариусов реестров нотариальных действий — в качестве доказательства того, что в них не содержатся записи о совершении определенных нотариальных действий. На то обстоятельство, что в этих реестрах содержатся записи о нотариальных действиях, совершенных в отношении лиц, не имеющих отношения к делу, внимания не обращают. Вот и отправляется на «отсидку» в исправительную колонию осужденный, который при ознакомлении с делом (а значит, и с приобретенным к делу нотариальным реестром) увидел, кто по завещанию наследство получил, кто (и за сколько — это видно по сумме взысканного тарифа) недвижимость продал и т.п. Да и вообще, человек идет к нотариусу вовсе не для того, чтобы о его семейных тайнах узнавали обвиняемые, потерпевшие и другие участники уголовного судопроизводства, да еще по делу, к которому он сам никакого отношения не имеет.

Генезис такого отношения к частной жизни ясен. Вопрос о соблюдении государственных секретов решен, как известно, гораздо более эффективно. Несмотря на соответствующие декларации в Конституции (ст. 2: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства»), высшей ценностью до сих пор в практике государственных органов признается именно интерес государства.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ предусматривает право подозреваемого и обвиняемого иметь свидание с защитником наедине и конфиденциально (п. 3 ч. 4 ст. 46 и п. 9 ч. 4 ст. 47 УПК РФ) и недопустимость допроса адвоката об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с оказанием юридической помощи (п. 3 ч. 3 ст. 56 УПК РФ). В соответствии с ч. 2 ст. 18 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» свидания подозреваемого или обвиняемого с его защитником могут иметь место в условиях, позволя-

ющих сотруднику места содержания под стражей видеть их, но не слышать. Из этого следует, что конфиденциальность свиданий подозреваемых и обвиняемых со своим защитником означает сохранение от иных лиц, в т.ч. от следователя, содержания переговоров подозреваемого и обвиняемого со своим защитником.

Право задержанного или находящегося в заключении лица на его посещение адвокатом, на консультации и на связь с ним без цензуры и в условиях полной конфиденциальности предусмотрено Сводом принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утвержденным резолюцией Генеральной ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г. Это право не может быть временно отменено или ограничено, кроме исключительных обстоятельств, которые определяются законом или установленными в соответствии с законом правилами, когда, по мнению судебного или иного органа, это необходимо для поддержания безопасности и порядка (Принцип 18).

Европейским Судом по правам человека право обвиняемого на конфиденциальность свиданий со своим защитником рассматривается в качестве одного из основных требований справедливого судебного процесса в демократическом обществе, вытекающих из положений п. 3 «с» ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В частности, в решении Европейского Суда по делу С. отмечается, что «если адвокат не имеет возможности связаться со своим клиентом и получить от него конфиденциальные инструкции, не подвергаясь надзору, то его помощь в значительной степени утрачивает свою полезность, в то время как конвенция призвана гарантировать право, которое носит практический и действенный характер» (Судебное решение по делу С. от 28 ноября 1991 г., Series A, No. 220, para. 48. См. также решение по делу Кан от 30 сентября 1985 г., Series A, No. 96).

Между тем уголовно-процессуальное законодательство не предусматривает гарантий сохранения адвокатской тайны при проведении оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий. Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», принятый позднее Уголовно-процессуального кодекса РФ, содержит норму, в соответствии с которой «проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в т.ч. в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения. Полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий (в т.ч. после приостановления

или прекращения статуса адвоката) сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей» (п. 3 ст. 8).

Однако же одновременно («в одном пакете») в УПК и Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» соответствующих дополнений не внесли. А в силу ст. 1 УПК РФ «порядок уголовного судопроизводства, установленный настоящим Кодексом, является обязательным для судов, органов прокуратуры, органов предварительного следствия и органов дознания, а также иных участников уголовного судопроизводства». К тому же УПК получил статус «закона над законами», и если какой-нибудь закон противоречит УПК, то тем хуже для этого закона. Следователи, дознаватели и прокуроры не соблюдают положений ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», ссылаясь на то, что УПК РФ не предусматривает дополнительных гарантий при проведении оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвокатов. На практике, особенно в последнее время, получило распространение проведение обысков в помещениях, используемых адвокатами для работы, досмотры адвокатских сумок и портфелей в следственных изоляторах, сопровождающиеся изъятием адвокатских досье с записями по делам, по которым они осуществляют защиту. В результате положения о незыблемости адвокатской тайны превращаются в фикцию.

По-видимому, необходимо установить особый порядок получения в ходе предварительного следствия сведений, составляющих нотариальную тайну, и включить в Уголовно-процессуальный кодекс РФ положения Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» о гарантиях соблюдения адвокатской тайны. В частности, целесообразно дополнить содержащийся в ст. 29 УПК РФ перечень действий, составляющих исключительную прерогативу суда, пунктом о принятии судом решений о проведении оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в т.ч. в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности), а содержащийся в ст. 75 УПК РФ перечень недопустимых доказательств — сведениями, предметами и документами, которые входили в производство адвоката по делам его доверителей (тем более, что по Конституции недопустимым является доказательство, полученное с нарушением любого федерального закона, а не только с нарушением УПК, как об этом записано в ст. 75 УПК РФ).

Также к исключительной компетенции суда надо отнести принятие процессуальных решений о производстве действий, сопряженных с возможным разглашением нотариальной тайны (в частности, о проведении обысков и выемок у нотариусов с целью изъятия документов о совершении нотариальных действий). Кроме того, надо запретить приобщать к уголовному делу документы и иные материалы, содержащие сведения о лицах, не причастных к данному делу. Если в документах или иных материалах наряду с имеющими значение для дела сведениями о лицах, причастных к данному делу, содержатся также сведения о лицах, к данному делу не причастных, разумно было бы к делу приобщать протоколы осмотра таких документов и иных материалов, в которых сведения о не причастных лицах не указывать.

Состязательность. Разделение функций

Статья 15 УПК РФ, посвященная состязательности судопроизводства, объединяет несколько норм. Такое объединение их в одной статье и под одним названием «состязательность сторон» позволяет утверждать: законодатель считает, что состязательность заключается не только в равноправии сторон перед судом и в выделении особой роли суда, как органа, стоящего как бы «над» спором сторон (если здесь вообще применимы понятия пространственного порядка «над», «под» etc.). Законодатель идет дальше и включает в понятие состязательности разделение процессуальных функций и невозможность совмещения их исполнения путем возложения разных функций на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо.

Очевидно, что составители и разработчики УПК РФ попытались пойти дальше Конституции Российской Федерации, в п. 3 ст. 123 которой и закреплен принцип состязательности судопроизводства: «Судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон». Из определения состязательности в Конституции, однако, не следует с необходимостью, что процессуальные функции должны быть отделены настолько, что на один орган либо одно должностное лицо можно возложить исполнение только одной функции. До сих пор такой стерильности никому добиться не удалось (а вопрос о необходимости разделения функций поднимался уже лет двадцать назад). Не удалось это и авторам УПК, причем даже по отношению к суду: суд избирает меру пресечения

в виде заключения под стражу, суд санкционирует обыски и проникновение в жилище в иных случаях, в апелляционном и кассационном порядке возможна отмена приговоров за мягкостью (а в апелляционном порядке — и вынесение нового более сурового приговора) — эти действия содержат существенные элементы обвинения. Между тем именно возложение на суд какой-либо иной функции, кроме функции разрешения дела, наиболее опасно, ибо не оставляет камня на камне от судейской объективности и беспристрастности.

Функция разрешения дела, возложенная на суд, выполняется (и нередко) органами дознания и предварительного следствия, ибо разрешение дела по существу возможно не только вынесением приговора суда, но и прекращением его по указанным в законе основаниям. При этом, если дело прекращается по нереабилитирующим основаниям, в соответствующем постановлении содержится вывод о виновности лица в инкриминированном преступлении. Практикой признается преюдициальное значение постановлений о прекращении уголовного дела — как при рассмотрении уголовных и гражданских дел (хотя процессуальное законодательство — ст. 90 УПК РФ и ч. 4 ст. 61 ГПК РФ — признают такое значение только за вступившим в законную силу приговором), так и при решении вопросов о лишении статуса работников, статус которых не совместим с судимостью. Нельзя и представить действующего судью или действующего адвоката, признанных виновными в совершении умышленного преступления, но не представших перед судом, поскольку дело по их обвинению прекращено по любому из предусмотренных законом нереабилитирующих оснований.

Положительно оценивая норму о разделении процессуальных функций и невозможности возложения их на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо, проф. Б.Т. Безлепкин, утверждает что «иначе подлинной состязательности не может быть»*, не приводя, однако, достаточно серьезных доводов в обоснование этого утверждения. Вместе с тем, проф. Б.Т. Безлепкин также приходит к выводу о том, что «выдержать эту линию законодателю удалось не полностью. Современные органы расследования наряду с функцией уголовного преследования осуществляют и функцию защиты, добывая оправдательные доказательства, и функцию разрешения уголовного дела, прекращая его по реабилитирующим основаниям, что равнозначно постановлению оправдательного

* Безлепкин Б.Т. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). М.: КНОРУС, 2002. С. 26.

приговора»*. Трудно, правда, согласиться с утверждением, что «органы расследования наряду с функцией уголовного преследования осуществляют и функцию защиты, добывая оправдательные доказательства». Во-первых, в законе больше не закреплена такая их обязанность — это было в УПК РСФСР (ст. 20), но этого нет в УПК РФ. Во-вторых, на самом деле, как показала печальная практика, никаких «оправдательных доказательств» современные следственные органы вовсе не ищут.

Фактически острые нормы, запрещающей наделение разными процессуальными функциями одного органа или одного должностного лица, направлено как раз против наделения следователя и прокурора обязанностью исполнения функции защиты. Доводы в пользу такого ограничения обязанностей прокурора и следователя сводились к тому, что следователи и прокуроры плохо выполняли функции защиты, возложенные на них УПК РСФСР. Довод сомнителен. Если какой-либо общественный институт плохо выполняет возложенные на него функции, это еще не значит, что его надо от этих функций освободить. То печальное обстоятельство, что советские (и российские в том числе) ученые-юристы в своих исследованиях часто занимались апологетическим комментированием директивных документов КПСС и трудов основоположников марксизма, не означает, что Институт государства и права РАН не должен впредь заниматься юридической наукой.

На практике приведенное в ч. 2 ст. 15 УПК РФ положение о том, что функции обвинения и защиты «не могут быть возложены на один и тот же орган и одно и то же должностное лицо», служит оправданием неисполнения органами дознания, следователями и прокурорами обязанности устанавливать обстоятельства, не только изобличающие подозреваемого (обвиняемого), но и оправдывающие, а также смягчающие ответственность (ярче всего это проявляется в отсутствии обязанности следователя и прокурора удовлетворять ходатайства защиты о представлении новых доказательств). Эта норма создает нормативную базу для обвинительного уклона дознавателей, следователей и прокуроров. Если А.Ф. Кони считал, что прокурор должен быть «говорящим судьей», то авторы проекта УПК исходят из того, что прокурор в уголовном процессе должен быть обвинителем во что бы то ни стало.

Статья 2 Конституции Российской Федерации не ограничивается провозглашением человека, его прав и свобод высшей ценностью. Практический смысл этому положению придает вторая

* Там же. С. 27.

фраза: «Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства». Органами государства, на которые может быть возложена обязанность признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина, в уголовном судопроизводстве являются следователи и прокуроры. Конституция не содержит норм, позволяющих считать, что подозреваемый и обвиняемый не является тем «человеком и гражданином», чьи права и свободы государство обязано «признавать, соблюдать и защищать».

Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 29 июня 2004 г. № 13-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы признал ч. 2 ст. 15 УПК Российской Федерации не противоречащей Конституции Российской Федерации, «поскольку по своему конституционно-правовому смыслу в системе норм уголовно-процессуального законодательства содержащиеся в ней положения, как не предполагающие ограничение действия конституционного принципа состязательности, не освобождают должностных лиц государственных органов — участников уголовного судопроизводства со стороны обвинения от выполнения при расследовании преступлений и судебном разбирательстве уголовных дел конституционной обязанности по защите прав и свобод человека и гражданина, в т.ч. от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, иного ограничения прав и свобод». Итак, следователь и прокурор не освобождены от обязанности принимать меры к отысканию и закреплению доказательств, свидетельствующих о невиновности обвиняемого либо о виновности его в меньшей мере, чем по предъявленному обвинению, равно как и от обязанности принимать и другие меры по защите прав и свобод обвиняемого. Однако же из текста ч. 2 ст. 15 (если ее не толковать во взаимосвязи с ч. 1 ст. 1 УПК, утверждающей, что УПК основан на Конституции, а также со статьями Конституции о верховенстве прав человека и обязанности государства и всех его органов эти права охранять и лелеять) следует прямо противоположный вывод. Увы! Конституционный Суд не указал нормы, которая возлагала бы на следователя эту обязанность. Ведь «не освободить» можно только от такой обязанности, которая была на следователя кем-то возложена. Поэтому осталось только убедить следователей и прокуроров в том, что «не освобождены от обязанности» и «обязаны» — это одно и то же. Что право обвиняемого — это обязанность следователя. Если, к примеру, обвиняемый вправе знакомиться с матери-

алами дела, то следователь обязан обвиняемого с этими материалами ознакомить, а суд должен проверить, удовлетворено ли это право, и принять свои меры к восстановлению права, если оно нарушено. Увы, на практике (в т.ч. и после опубликования упомянутого постановления Конституционного Суда) эти принципиальные положения сплошь и рядом нарушаются.

Видимо, надо издавать УПК с включенными в соответствующих местах текста постановлениями Конституционного Суда. Потому что ни один следователь сегодня не станет заниматься истолкованием норм УПК во взаимосвязи с нормами Конституции и даже нормами УПК о принципах судопроизводства. Закон должен быть так изложен, чтобы каждая его статья была самодостаточной — чтобы она могла быть понята из ее собственного текста, соответствие нормы конституционным и принципиальным положениям должно быть заложено в тексте самой нормы. Возможности группы в походе определяют по слабейшему участнику. Точно так же и законодатель должен рассчитывать на наименее подготовленных правоприменителей. Особенно это актуально в нашей стране, где никак не пробьет себе дорогу простая мысль о том, что благо государства состоит в благе его граждан и не может быть сильным государством, в котором права граждан попираются хотя бы даже и во имя государственных интересов.

Состязательность. *Onus probandi*

На заседании Конституционного Суда Российской Федерации 3 июня 2004 г. при рассмотрении запроса группы депутатов о соответствии Конституции Российской Федерации ряда статей УПК РФ представитель Президента Российской Федерации М.А. Митюков, отстаивая конституционность положений ч. 2 ст. 15 УПК РФ, утверждал, что в ч. 2 упомянутой статьи раскрывается общее понятие состязательности, данное в ст. 123 Конституции. Размежевание процессуальных функций действительно имеет отношение к состязательности, но не больше, чем распределение бремени доказывания. Попытка сконструировать нормы о состязательности по западному примеру оказалась на нашей почве неудачной из-за того, что состязательность невозможна без равноправия сторон в представлении доказательств. В наших условиях такое равноправие невозможно, прежде всего, потому что у нас по разным причинам не существует (и не может существовать) «параллельное» расследование.

Проблема бремени доказывания — это проблема не только обязанности доказывания, но и права на представление доказа-

тельств. В юридической литературе сегодня нередко можно встретить высказывания о расширении прав и возможностей защиты в представлении доказательств. Так, в Комментарий УПК РФ, изданном под редакцией заместителя председателя Верховного Суда РФ Н.А. Петухова, утверждается, что «новый уголовно-процессуальный закон значительно расширяет права защитника»*, и далее там же: «Защитник является субъектом доказывания, и закон наделяет его правом собирать и представлять доказательства. В отличие от предыдущего УПК РСФСР, в соответствии с которым адвокат не мог собирать доказательства, теперь такое право у него появилось»**. Так ли это?

Право представлять доказательства было у защиты и раньше — ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР среди прочих прав защитника упоминает и право представлять доказательства. Беда в том, что и раньше, и теперь любые документы и материалы, которые защитник посчитает нужным представить, сами по себе еще не доказательства. Стать доказательствами они могли (и тогда, и теперь), только если следователь или суд сочтут необходимым признать их таковыми и приобщить к делу.

Никулинским районным судом Москвы Ботвинник, Колегов и Шеколенко осуждены за якобы совершенное ими разбойное нападение. Основным (и почти единственным) «доказательством» виновности осужденных являются их собственные показания на предварительном следствии, от которых они в судебном заседании отказались, заявив, что признания от них были получены в результате применения физического насилия и угроз. Признав достоверными те показания подсудимых на предварительном следствии, в которых они признавали себя виновными, суд фактически уклонился от оценки их заявлений о даче ими этих показаний в результате применения незаконных методов следствия. Суд указал при этом, что по этим заявлениям обвиняемых в ходе предварительного следствия «были проведены прокурорские проверки, данный факт не нашел своего подтверждения, о чем имеются постановления об отказе в возбуждении уголовного дела в отношении сотрудников милиции».

Упомянутые судом постановления об отказе в возбуждении уголовного дела были неоднократно обжалованы в установленном

* Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации // Под общей ред. заместителя председателя Верховного Суда РФ Н.А. Петухова. 3-е изд. М.: ИКФ «ЭКСМО», 2002. С. 126. Автор комментария к статье — О.В. Качалова.

** Там же. С. 127.

порядке прокурорам различных уровней, в т.ч. и в Генеральную прокуратуру РФ. Не рассматривая указанных жалоб по существу, должностные лица Генеральной прокуратуры РФ (в т.ч. и заместитель Генерального прокурора РФ) направили эти жалобы в суд в порядке ст. 217 УПК РСФСР, сообщив, что оценку этим заявлениям должен давать суд, рассматривающий дело. Таким образом, Генеральная прокуратура РФ не рассматривала жалоб на постановления об отказе в возбуждении уголовного дела в отношении работников милиции, применявших насилие к обвиняемым в ходе предварительного следствия, ссылаясь на то, что оценку этим постановлениям должен дать суд, а суд априорно, без проверки, признал эти постановления обоснованными, потому что их законность якобы проверялась прокуратурой. В результате совместных действий суда и прокуратуры осужденные были ущемлены в своем праве на обжалование упомянутых постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела и лишены возможности добиться законного решения по их заявлениям.

Между тем заявления осужденных о применении к ним работниками милиции физического насилия с целью получения признаний подтверждаются объективно наличием у Ботвинника атрофии обоих зрительных нервов травматического происхождения — заболевания, полученного им во время нахождения под стражей по настоящему делу. Судом (а затем и всеми должностными лицами, рассматривавшими жалобы по этому делу) это обстоятельство вообще не принято во внимание при оценке показаний Ботвинника, данных им на предварительном следствии. Несмотря на то что причинение тяжкого вреда здоровью Ботвинника во время нахождения под стражей имеет значение для оценки его показаний, судом это обстоятельство не проверялось, ходатайство защиты о назначении судебно-медицинской экспертизы с целью выяснения механизма и сроков причинения тяжкого вреда здоровью Ботвинника отклонено по тем основаниям, что эти вопросы не имеют значения для дела. Все дальнейшие попытки Ботвинника обжаловать состоявшиеся по делу судебные акты парировались тем, что суд, дескать, сам волен решать, что имеет значение для дела, а что — нет. В принципе, это верно: относимость доказательства — это его свойство, подлежащее оценке судом. Однако оценить доказательство, в т.ч. с точки зрения относимости, можно только исследовав его, поэтому суд не должен иметь права априорно, без исследования этого доказательства признавать его не относящимся к делу.

В УПК РСФСР была норма, предусматривавшая обязанность удовлетворения следователем и судом тех ходатайств защиты, ко-

торые имеют значение для дела (ст. 276 УПК РФ). Решение вопроса о том, имеет тот или иной вопрос, то или иное обстоятельство значение для дела, было отнесено к компетенции следователя и суда. Как следователи и суды делали это, хорошо иллюстрирует упомянутое выше дело Ботвинника. Исключение из этого правила было одно — судья при назначении дела к слушанию во всяком случае обязан был удовлетворить ходатайства, направленные на получение новых доказательств. УПК РФ, по существу, продублировал это положение в ч. 2 ст. 159, согласно которой «подозреваемому или обвиняемому, его защитнику, а также потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику или их представителям не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела». Так же, как и раньше, решение вопроса о том, имеет то или иное обстоятельство значение для дела, отнесено к компетенции следователя.

Наличие такой нормы объясняют тем, что в противном случае недобросовестные адвокаты будут бесконечно заявлять ходатайства, чтобы затянуть следствие. Между тем обвиняемый и (тем более) его защитник не часто бывают заинтересованы в затягивании предварительного следствия. На практике это положение приводит к произвольному отклонению следователями ходатайств защиты о представлении доказательств. Столь же односторонними, как правило, бывают и суды.

Нарушение закона со стороны государства (в лице его органов) несравненно опаснее любых нарушений, допускаемых лицами, не наделенными властью. Необоснованное отклонение ходатайств, направленных на получение доказательств, не только фактически уничтожает право обвиняемого и его защитника представлять доказательства, поскольку представлять доказательства иначе, чем ходатайствуя об этом перед следователем либо судом, ни обвиняемый, ни защитник не могут, но и может привести к невозможности утрате тех доказательств, которые следователь отказался изъять и приобщить к делу. Да, защитник по УПК РФ наделен правом опрашивать людей (как это надлежит делать, ни в одном законе не написано) и собирать доказательства иным образом. Однако правила этого «собираательства» не регламентированы и не изменилось главное: решение о признании собранных защитником сведений принимает следователь (либо — на судебных стадиях процесса — суд). В частности, «опрошенные» защитником люди станут свидетелями только после того, как следователь или суд соизволят удовлетворить

соответствующее ходатайство защитника. Особого упоминания заслуживает норма, содержащаяся в п. 6 ст. 234 УПК РФ, в соответствии с которой «ходатайство стороны защиты о вызове свидетеля для установления алиби подсудимого подлежит удовлетворению лишь в случае, если оно заявлялось в ходе предварительного расследования и было отклонено дознавателем, следователем или прокурором. Данное ходатайство может быть удовлетворено также в случае, если о наличии такого свидетеля становится известно после окончания предварительного расследования»*. Речь идет не о допросе, только о вызове на допрос. Суд обязан допросить человека, явившегося в здание суда. Но явке в суд предшествует официальный вызов — ведь далеко не всегда человек согласится прибыть в суд по просьбе адвоката, а повестку суд выдаст, лишь если удовлетворит ходатайство о допросе. В ряде случаев человек, даже страстно желающий прибыть в суд и дать показания, не может этого сделать (военнослужащий, к примеру, не может покинуть пределы части по собственному желанию; без соответствующего судебного решения никто не доставит в суд свидетеля, содержащегося под стражей, и т.п.). В то же время свидетелей, названных обвинением, вызывают в суд без каких-либо ходатайств — список лиц, подлежащих, по мнению прокурора, вызову в судебное заседание, прилагается к обвинительному заключению. Но разве так должно выглядеть равноправие сторон — основа основ состязательного судопроизводства?

В силу ст. 223 УПК РСФСР, разрешая вопрос о назначении судебного заседания, судья ходатайства о вызове дополнительных свидетелей и истребовании других доказательств обязан был удовлетворить «во всех случаях». УПК РФ таких исключений из общего правила не предусматривает. О допросе, например, лиц, которым может быть известно о нарушениях закона при производстве предварительного расследования, ходатайствуют именно обвиняемый и его защитник. Проверка таких заявлений составляет обязанность суда по отношению к подсудимому и защитнику и, одновременно, право суда по отношению к органам предварительного следствия и прокуратуре. Печальная практика сегодняшнего дня такова, что подобные ходатайства отклоняют почти всегда.

На то, что защитник никаких доказательств не представляет, обращает внимание и проф. Б.Т. Безлепкин, заметив по поводу закреп-

* Постановлением Конституционного Суда Российской Федерации от 29 июня 2004 г. № 13-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной думы ст. 234 УПК РФ признана не соответствующей Конституции.

ленной в п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК РФ нормы о праве защитника собирать и представлять доказательства: «Эта норма заслуживает критического комментария, потому что она не стыкуется с основными положениями доказательственного права и теории судебных доказательств. Ни предмет, ни документ не может считаться доказательством до тех пор, пока он не принят дознавателем, следователем, прокурором или судом, в производстве которых находится конкретное уголовное дело, и не оценен с точки зрения допустимости и относимости. Поэтому защитник может собирать не доказательства, а лишь предметы, документы и сведения, а также ходатайствовать перед дознавателем, следователем, прокурором и судом об использовании их в процессе доказывания, но и только. Субъектом уголовно-процессуального доказывания не может быть лицо, даже не состоящее на государственной службе и не располагающее никакими властными полномочиями для ведения «контрпроцесса» по уголовному делу»*.

Вряд ли можно согласиться с утверждением, что защитник не может быть субъектом уголовно-процессуального доказывания. Наличие властных полномочий и нахождение на государственной службе — необязательные атрибуты субъекта доказывания. Но, как это ни печально, позиция Б.Т. Безлепкина очень точно отражает позицию законодателя. Действительно, УПК РФ фактически не признает защитника субъектом доказывания. Причем именно по тем основаниям, на которые правильно указал Б.Т. Безлепкин, — все документы и предметы, как бы важны ни были они для дела, могут стать доказательствами лишь после того, как их признают в качестве таковых следователь или суд. Ничего нового здесь новый УПК не содержит — аналогичные нормы были и в УПК РСФСР. Считается, что новизна заключается, по крайней мере, в наделении адвоката правом опрашивать граждан с их согласия. Но что собой представляет такой опрос, как его проводить, кого можно и кого нельзя опрашивать**, как фиксировать результаты опроса — на все эти вопросы в УПК РФ ответов нет. И что, пожалуй, самое важное — сведения, полученные в результате опроса, могут стать доказательствами лишь после того, как опрошенный человек будет допрошен в качестве свидетеля и повторит их на допросе. А доп-

* Безлепкин Б.Т. Указ. соч. С. 83 - 84.

** Так, например, Адвокатской палатой Москвы высказано мнение, что уже допрошенные свидетели не могут опрашиваться защитником. Позиция далеко не бесспорная — а если речь идет об обстоятельствах, о которых на допросе свидетель ничего не говорил? Или свидетель сообщает сведения о том, что данные им ранее показания были даны под угрозой (такие угрозы не обязательно могут исходить от следователей или оперработников), в результате применения незаконных методов следствия, и т.п.?

рашивать его или нет, решают следователь или суд. Но ведь и раньше, прежде чем заявить ходатайство о допросе кого-либо, адвокат выяснял у этого человека, что именно он может показать суду. Естественно, это выяснение не могло иметь места, если человек не соглашался разговаривать с адвокатом. Насколько это отличается от «нового» права опрашивать людей с их согласия, судить читателям.

Статья 74 УПК РФ, перечисляя виды доказательств, не называет опроса свидетеля. В то же время здесь упомянуты четыре вида показаний: показания подозреваемого, обвиняемого; показания потерпевшего, свидетеля; показания эксперта; показания специалиста. Статьи 76–80 объясняют, что же такое показания: любые показания — это, в соответствии с указанными статьями, «сведения, сообщенные на допросе». Допрашивать, как известно, защитник никого не вправе. Вообще все доказательства появляются в деле в результате следственных (и судебных — в ходе судебного следствия) решений и действий. Но решения эти принимают, действия эти производят дознаватели, следователи и суды, а никак не защитники. Защитник не может никого допросить, не может назначить экспертизу, не может произвести осмотр, не может приобщить никакие предметы, документы и иные материалы к делу. Он может только просить об этом следователя или суд.

Нельзя отрицать право суда признавать доказательства относящимися либо не относящимися к делу. Суд, безусловно, вправе отвергнуть доказательство, признав его не относящимся к делу, но делать это нужно, лишь исследовав это доказательство, — не исследовав, его нельзя оценить, в т.ч. и с точки зрения относимости. Тем более что по УПК РФ доказательства, представленные обвинением, существуют как бы в ином правовом поле — допрошенные следователем лица, представленные обвинением документы и предметы уже являются доказательствами, суд может их отвергнуть ввиду их недопустимости, но правила оценки относимости, применяемые к «доказательствам», представляемым защитой, на них не распространяются. На досудебных стадиях вообще реализация права защиты на представление доказательств (декларированного в п. 4 ч. 4 ст. 46, п. 4 ч. 4 ст. 47, п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК РФ) зависит от усмотрения другой стороны — обвинения в лице следователя, дознавателя, прокурора.

Весьма показательны, что в соответствии со ст. 246 и 248 УПК РФ государственный обвинитель, участвуя в судебном разбирательстве, представляет доказательства и участвует в их исследовании, а защитник лишь участвует в исследовании доказательств. В ст. 86

УПК РФ указано, что «собрание доказательств производится в ходе уголовного судопроизводства дознавателем, следователем, прокурором и судом». Защита здесь не упоминается, несмотря на клятвенные заверения авторов проекта об их приверженности принципу состязательности. Упомянут суд — но обязанность суда не собирать доказательства самому, а исследовать доказательства, представленные сторонами.

Возражая против предложений о внесении в проект Кодекса соответствующего дополнения, докладывавшая в заседании Государственной думы законопроект Е. Б. Мизулина утверждала, что принятие такой поправки приведет к избыточному правовому регулированию, ибо в Кодексе «в общей форме» уже записано право защитника представлять доказательства, и этого якобы достаточно. Возражение несостоятельно. Наличие специальной статьи, регулирующей те же отношения, что статья общего характера, означает, что статья конкретизирующая предусматривает изъятия из общей нормы (либо дополнения к ней). Статья специальная всегда приоритетна. Зачем нужна отдельная статья об участии защитника в судебном разбирательстве, противоречащая общей статье? Зачем тогда вообще отдельные статьи об участии обвинителя и защитника в судебном разбирательстве, если «в общей форме» уже о них все написано?

Уточнения «общей формы» здесь таковы, что записанное в общей форме право защитника представлять доказательства сведено к нулю, ибо ни следователь, ни суд не обязаны удовлетворить ходатайство защиты о вызове и допросе свидетеля, о приобщении документа, о назначении экспертизы и т.п. И что это за «право», если ему не корреспондирует хоть чья-либо обязанность? Собрание и представление доказательств в нарушение конституционного принципа состязательности защитой и обвинением происходит в разном правовом режиме. Если в соответствии с ч. 1 ст. 86 УПК РФ собрание доказательств осуществляется в ходе уголовного судопроизводства дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных Кодексом, то подозреваемый и обвиняемый в соответствии с ч. 2 той же статьи вправе собирать и лишь представлять письменные документы и предметы следователю (дознавателю, прокурору или суду), которые и решают вопрос о приобщении их к уголовному делу в качестве доказательств. Фактически право защитника на представление доказательств по своему содержанию не отличается от такого права подозреваемого и обвиняемого — документы и предметы, которые защитник счи-

тает нужным представить, могут стать доказательствами и, следовательно, будут приобщены к делу только после решения об этом дознавателя, следователя, прокурора или суда.

Таким образом, на досудебных стадиях судопроизводства реализация права стороны защиты (как в лице подозреваемого и обвиняемого, так и в лице защитника) на представление доказательств зависит от усмотрения другой стороны — обвинения (в лице дознавателя, следователя или прокурора), а в судебных стадиях судопроизводства предметы и документы, представленные защитой, могут стать доказательствами только после их признания и приобщения к делу в качестве таковых судом, тогда как те же предметы и документы представляются обвинением суду в уголовном деле уже в качестве доказательств, и дополнительного их признания и приобщения к делу в качестве доказательств не требуется. Аналогичным образом при необходимости допросить кого-либо в качестве свидетеля, назначить экспертизу либо произвести осмотр защита может лишь ходатайствовать об этом, тогда как обвинение допрашивает тех, кого считает нужным, назначает соответствующие экспертизы либо производит осмотры по собственному усмотрению.

Отсутствие обязанности дознавателя, следователя, прокурора и суда удовлетворить ходатайства защиты о допросе свидетелей, производстве экспертиз и осмотров, приобщении к делу предметов и документов фактически ущемляет право защиты на представление доказательств по сравнению с тем же правом обвинения, что не соответствует провозглашенному ч. 3 ст. 123 Конституции Российской Федерации принципу осуществления судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон.

Это не соответствует не только требованиям ч. 3 ст. 123 Конституции Российской Федерации об осуществлении судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон, но и общепринятым нормам международного права. В силу п. 3 «d» ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 04 ноября 1950 г.) право на справедливое судебное разбирательство включает в себя и право обвиняемого на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него (причем в соответствии с европейской традицией под вызовом и допросом свидетелей имеется в виду также вызов и допрос экспертов). Очевидно, что это право здесь нарушено.

Состязательность в уголовном процессе — это когда обвинение и защита равноправны, когда обвинение представляет суду дока-

зательства виновности подсудимого, а защита доводы обвинения пытается опровергнуть. При этом защита должна иметь право также представлять суду доказательства на равных с обвинением условиях, хотя это, разумеется, и не может быть вменено ей в обязанность. Суд же сам никаких доказательств не собирает, а только оценивает представленные сторонами. Если же суд начинает сам искать доказательства, то он становится, простите за каламбур, на сторону стороны. Причем чаще, как показала печальная мировая практика, суд начинает подменять следствие — и тогда прощай, объективность, прощай, беспристрастность. Получается именно то, что до сих пор называлось у нас правосудием и от чего мы якобы стремимся уйти торной дорогой судебной реформы. До сих пор уголовный процесс, в котором обвинение и присоединившийся к нему суд собирали доказательства, а защитнику милостиво разрешалось принимать участие в их исследовании, во всем мире назывался не состязательным, а инквизиционным.

В Государственную думу внесен законопроект о дополнении ст. 86 и 122 УПК РФ нормами, уравнивающими защиту и обвинение в правах на представление доказательств, однако и этот законопроект до настоящего времени не рассмотрен.

В неоднократно упоминавшемся постановлении от 29 июня 2004 г. Конституционный Суд фактически признал ненормальность такого положения, разъяснив, что УПК не освобождает следователя от обязанности отыскивать доказательства невиновности обвиняемого. Жаль только, что непосредственно из текста УПК это правило усмотреть трудно.

Обеспечение права на защиту

Обеспечение обвиняемому и подозреваемому права на защиту УПК РФ провозглашает одним из принципов уголовного судопроизводства. Право на защиту — это далеко не только право пользоваться услугами защитника. Выше уже было показано, какие препятствия Кодекс воздвиг перед реализацией этого права при предъявлении доказательств, как Кодекс освободил государство от конституционной обязанности защищать права подозреваемого и обвиняемого от незаконных ограничений. Но на этом ущемление права на защиту не кончается.

Право на защиту — ничто без обеспечения обвиняемого и его защитников инструментарием, который позволял бы этим правом воспользоваться. Защита — это возражения против предъявленного обвинения, представление документов и материалов, кото-

рые могут служить доказательствами невиновности обвиняемого (либо виновности в меньшей мере, чем это видится обвинению), сообщение о лицах, которых следует допросить в качестве свидетелей, обращения к прокурору или в суд с требованиями заставить следователя восстановить нарушенные права обвиняемого (если эти права ущемлены). Все это можно сделать, либо заявляя ходатайства, либо обращаясь в соответствующий орган (к прокурору или в суд) с жалобами. Правом на заявления ходатайств и обращения с жалобами обвиняемый и защита наделяются.

Это право зафиксировано в ст. 19 УПК РФ, которая так и озаглавлена — «Право на обжалование процессуальных действий и решений». Этой статьей предусмотрено, что, во-первых, действия (бездействие) и решения суда, прокурора, следователя, органа дознания и дознавателя могут быть обжалованы в порядке, установленном УПК РФ, и, во-вторых, каждый осужденный имеет право на пересмотр приговора вышестоящим судом в порядке, установленном главами 43–45, 48 и 49 УПК РФ.

Однако любое право только тогда может быть названо правом, когда ему корреспондирует обязанность определенных лиц или органов это право удовлетворить. К удивлению своему обнаруживаем, что обязанность рассмотреть жалобы и ходатайства не возложена ни на следователя, ни на прокурора, ни на суд. То есть не то чтобы такая обязанность вообще не была записана в Кодексе, но запись эта носит вполне декларативный характер, поскольку нет обязанности рассмотреть и высказать суждение по доводам жалобы. А ведь рассмотреть жалобу или ходатайство — это рассмотреть содержащиеся в них доводы. Без такой обязанности право на жалобу и ходатайство теряет всякий смысл.

Критика закона со ссылкой на практику его применения требует приведения хотя бы примеров (поскольку такой статистики, которая показала бы, как рассматриваются жалобы и ходатайства, не существует). Примеров — хоть отбавляй. Почти во всех случаях, когда жалобы адвокатов были оставлены без удовлетворения, прокуроры и суды в соответствующих процессуальных документах не приводили мотивов, по которым доводы этих жалоб и ходатайств признаны несостоятельными либо несущественными.

Именно так были рассмотрены в Президиуме Верховного Суда Российской Федерации, например, надзорная жалоба по делу Н.М. Воскресова, в Генеральной прокуратуре Российской Федерации — жалобы на решения следователя и нижестоящих прокуроров по делу Л.Р. Уайта, в прокуратуре Московской области — жалоба на решения следователя по делу А.В. Коновалова. Во всех

указанных делах были ущемлены профессиональные права адвоката. В каждом из этих дел ущемление профессиональных прав адвоката одновременно ущемляет и его личные права, поскольку, как признано Европейским Судом по правам человека в решении от 16 декабря 1992 г. по делу Нимитц против Германии, личная жизнь включает в себя и деятельность профессионального и делового характера, особенно в случаях, когда человек имеет гуманитарную профессию (Series B, No 251–B, 1994. — см.: Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. М.: Ин-т европейского права МГИМО (У) МИД РФ, COLPI, Совет Европы, INTERIGHTS, 2000. Т. 1. С. 768). Самое главное, однако, во всех этих случаях — ущемление прав обвиняемых.

1. В адресованной в Президиум Верховного Суда Российской Федерации надзорной жалобе по делу осужденного Ростовским областным судом Н.М. Воскресова были приведены следующие доводы, влекущие, по мнению защиты, отмену приговора:

1) по шести (из восьми) эпизодам, по которым Н.М. Воскресов осужден, в нарушение требований ст. 3 и 26 УПК РСФСР уголовные дела не возбуждались. Расследовались эти эпизоды по материалам, выделенным из других уголовных дел и приобщенным к делу в качестве «материалов» — без вынесения постановлений о соединении уголовных дел.

Кассационной коллегией Верховного Суда Российской Федерации по этому поводу указано, что приобщение материалов, выделенных из других уголовных и административных дел, и расследование их без возбуждения уголовного дела якобы не противоречит положениям ст. 26, 108–110 УПК РСФСР, действовавшего во время расследования дела по обвинению Воскресова. В надзорной жалобе было указано на неправильность этого утверждения кассационной коллегии;

2) присяжные заседатели на обсуждение вопросов и формулирование ответов на них затратили 3 часа, причем решения по большинству поставленных перед присяжными заседателями вопросов не были единодушными. После выхода присяжных из совещательной комнаты и предъявления ими вопросного листа председательствующему они дважды возвращались в совещательную комнату, но только для формулирования ответов на два вопроса (из 50), на которые они сразу ответа не дали. Тем самым были нарушены положения ст. 453 УПК РСФСР о порядке совещания и голосования присяжных заседателей, в соответствии с которыми в случаях, когда коллегия присяжных заседателей не пришла к единодушному реше-

нию по поставленным перед ней вопросам, они могут приступить к формулированию в вопросном листе ответов, принятых большинством голосов в результате проведенного голосования, лишь по истечении трех часов после удаления их в совещательную комнату.

Кассационной коллегией по этому поводу указано, что общее время совещания присяжных составило 3 часа 27 минут, что, по мнению коллегии, свидетельствует об отсутствии нарушений ст. 453 УПК РСФСР. В надзорной жалобе было указано на ошибочность такого утверждения коллегии, поскольку ни ст. 453 УПК РСФСР, ни ст. 453 УПК РФ не содержат положений, позволяющих суммировать время, использованное присяжными для обсуждения вердикта и ответов на большинство вопросов, с дополнительным временем, затраченным после возвращения присяжных заседателей в совещательную комнату только для формулирования ответов на часть поставленных перед ними вопросов;

3) не было рассмотрено надлежащим образом сделанное во время предварительного следствия заявление Воскресова об отводе прокурору Ростовской области как прокурору, осуществляющему надзор за исполнением законов при производстве предварительного следствия по делу, а также всем работникам прокуратуры области, производившим расследование.

Кассационная коллегия Верховного Суда Российской Федерации, мотивируя несогласие с доводами кассационной жалобы по этому вопросу, ограничилась указанием на то, что «заявленные Воскресовым и адвокатами отводы Ростовской областной прокуратуре были разрешены, о чем в деле имеются соответствующие сообщения из Генеральной прокуратуры РФ». Отметив факт наличия в деле сообщений Генеральной прокуратуры, кассационная коллегия не указала оснований, по которым признан несостоятельным довод жалобы о ненадлежащем рассмотрении отвода в Генеральной прокуратуре Российской Федерации, поскольку надлежащими субъектами принятия решения об удовлетворении либо отклонении заявления об отводе являются Генеральный прокурор Российской Федерации либо его заместители, а не возглавляемая ими Генеральная прокуратура (тем более не прокурор отдела Генеральной прокуратуры). На неверное истолкование норм процессуального закона об отводе также было указано в надзорной жалобе;

4) в кассационной жалобе было указано, что судом неправильно применен уголовный закон, поскольку вмененные в вину Воскресову деяния не образуют состава преступления.

В частности, ни по одному из инкриминированных ему эпизодов незаконного привлечения к уголовной ответственности, неза-

конного задержания и ареста, незаконного освобождения от уголовной ответственности, освобождения из-под стражи, прекращения розыска Воскресов не может нести ответственности, поскольку субъектами этих деяний являются вынесшие соответствующие постановления и производившие задержание следователи и оперработники, а не надзирающий прокурор.

Доводы кассационной жалобы о неправильном применении уголовного закона в кассационном определении вообще не упомянуты и кассационной коллегией не рассмотрены, на что также обращено внимание в надзорной жалобе;

5) в надзорной жалобе обращено внимание также на то, что кассационной коллегией Верховного Суда Российской Федерации проигнорированы заявления граждан о встречах А.Х. Яндиева — руководителя группы следователей, расследовавших дело Воскресова, со старшиной присяжных заседателей во время процесса. Заявления об этом поступили в Верховный Суд Российской Федерации и имеются в деле. Эти заявления Верховным Судом Российской Федерации были направлены для проверки в Ростовский областной суд, откуда переправлены в прокуратуру Ростовской области. В конечном итоге проверка производилась работниками прокуратуры Ростовской области, в т.ч. входившим в следственную группу по делу Воскресова следователем Сиротининым — подчиненным А.Х. Яндиева. Довод кассационной жалобы о том, что встречи руководителя следственной группы со старшиной присяжных являются основанием для отмены приговора, кассационной коллегией вообще не рассмотрен, указанные обстоятельства в кассационном определении даже не упомянуты.

Постановлением судьи Верховного Суда Российской Федерации А.Н. Климова (в нарушение закона постановление вынесено судьей, участвовавшим в кассационном рассмотрении дела, причем в качестве судьи-докладчика) от 14 мая 2003 г. надзорная жалоба оставлена без удовлетворения. В этом постановлении указано в общей форме на соблюдение по делу процессуальных норм и утверждает, что нарушений, влекущих отмену приговора по делу, не имеется. Приведение оснований, по которым доводы надзорной жалобы признаны несостоятельными, заменено в постановлении утверждением, что «доводы, аналогичные изложенным в жалобе, проверялись Верховным Судом РФ при рассмотрении дела в кассационном порядке и были признаны необоснованными». Таким образом, в опровержение доводов о незаконности кассационного определения вынесший постановление судья Верховного Суда Российской Федерации сослался на само обжалуемое определе-

ние, при этом ни один из отвергнутых доводов жалобы не рассмотрен и даже не назван.

2. В жалобах по делу Лоуренса Р. Уайта, привлекаемого к уголовной ответственности прокуратурой Северного административного округа Москвы по ч. 3 ст. 30, ч. 3 ст. 33, п. «а», «б», «д» ч. 2 ст. 126 УК РФ, направленных Генеральному прокурору Российской Федерации был поставлен вопрос о прекращении уголовного дела в отношении Л.Р. Уайта за отсутствием в его действиях состава преступления и о неприменимости к нему в настоящее время ареста как меры пресечения, избранной во внесудебном порядке.

Все жалобы оставлены без удовлетворения, во всех ответах на них доводы жалоб не рассмотрены. При этом отказ прекратить уголовное дело по обвинению Л.Р. Уайта в ответах всех должностных лиц Генеральной прокуратуры, рассматривавших жалобы, мотивирован тем, что решение о привлечении Л.Р. Уайта в качестве обвиняемого в организации похищения ребенка принято на основании собранных доказательств. Между тем в жалобах доказанность совершения Л.Р. Уайтом инкриминированных ему действий не оспаривалась. Ходатайства о прекращении уголовного дела были обоснованы тем, что Л.Р. Уайт не является субъектом инкриминированного ему преступления, и, следовательно, действия, вмененные ему в вину, не образуют состава преступления независимо от доказанности обвинения.

Довод о неправомерности требований об исполнении в настоящее время постановления об аресте Уайта, принятого во внесудебном порядке и к настоящему времени не исполненного ввиду нахождения Уайта за пределами России, в одном из ответов парируется тем, что ссылка в жалобе на Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 марта 2002 г. № 6-П неосновательна, поскольку «судебный порядок применения ареста (заключения под стражу), содержания под стражей, а также задержания подозреваемого на срок 48 часов начал действовать с 1 июля 2002 г.».

В других случаях этот довод не достоин даже такого неправильного по существу ответа.

3. В поданной в январе 2004 г. на имя прокурора Московской области жалобе по делу А.В. Коновалова, расследуемому следственной частью Следственного управления при ГУВД Московской области, были выдвинуты следующие требования:

1) о прекращении уголовного дела в отношении А.В. Коновалова за отсутствием состава преступления, поскольку ввиду изменения

законодательства инкриминированные ему действия более по закону преступными не признаются, что в силу ст. 10 УК РФ влечет прекращение уголовного преследования;

2) о невозможности исполнения в настоящее время постановления об аресте А.В. Коновалова, поскольку эта мера была избрана не судом, а следователем с санкции прокурора. Между тем, как разъяснено Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от 14 марта 2002 г. № 6-П, арест (заключение под стражу) и содержание под стражей без судебного решения с 1 июля 2002 г. не подлежат применению.

В удовлетворении жалоб (а их по делу было принесено несколько) отказано, доводы жалоб не рассматривались вообще.

Такой спектр субъектов рассмотрения жалоб — по ведомствам (и суды, и прокуратуры), по уровню (от районного до федерального) — свидетельствует, что причина этого кроется не в нерадивости или неграмотности отдельных работников. Причина — в недостатках закона.

В соответствии с п. 10 ч. 1 ст. 53 и ст. 123 УПК РФ защитник имеет самостоятельное право обжаловать действия (бездействие) и решения следователя, прокурора и суда. Нерассмотрение доводов жалобы нарушает право на обжалование процессуальных действий как таковое, поскольку разрешение жалоб состоит именно в рассмотрении содержащихся в них доводов. Несмотря на это, ни одна из упомянутых статей Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации на органы, рассматривавшие мои жалобы, не возлагает обязанности в случаях оставления жалоб без удовлетворения приводить в соответствующих процессуальных актах основания, по которым доводы жалоб признаны несостоятельными.

Часть 4 ст. 7 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации требует, чтобы определения суда, постановления судьи, прокурора, следователя и дознавателя были мотивированными. Однако мотивированность, т.е. приведение мотивов принятого по жалобе решения, не обязательно включает в себя оценку доводов жалобы. По смыслу, придаваемому этой норме правоприменительной практикой, мотивированность определения или постановления означает приведение в этом документе мотивов, по которым суд (судья) или прокурор признали обжалуемые действия (решения) законными, а не приведение мотивов, по которым они не согласились с доводами жалобы. Мотивированными на практике (как это видно из приведенных примеров) признаются постановления судьи (равно как и постановления и определения судов, постановления следователей и прокуроров), если в них содержатся ссылки в общей

форме на соблюдение закона в обжалуемых актах, даже если конкретные доводы соответствующих жалоб и не рассмотрены. Фактически жалоба в этих случаях является лишь поводом для подтверждения их согласия с обжалуемыми действиями и решениями.

Наряду с общим требованием о мотивированности процессуальных решений, требования, предъявляемые к содержанию постановлений, выносимых в суде надзорной инстанции по результатам рассмотрения надзорных жалоб, предусмотрены ч. 3 ст. 408 УПК РФ, устанавливающей, что постановления, выносимые в суде надзорной инстанции, должны соответствовать требованиям ст. 388 УПК РФ, предъявляемым к содержанию кассационных определений. Часть 1 ст. 388 УПК РФ требует, чтобы в кассационном определении были указаны мотивы принятого решения, однако также не требует приведения в определении оснований, по которым в случаях оставления жалоб без удовлетворения признаны несостоятельными конкретные доводы этих жалоб.

Статьи 7 и 388 УПК РФ, возлагая на правоприменителя обязанность мотивировать принимаемые решения, фактически ставят решение вопроса о содержании понятия мотивированности в зависимости не от выраженной в законе воли законодателя, а от субъективного усмотрения того или иного должностного лица, поскольку, в частности, не содержат каких-либо предписаний, определяющих содержание самого понятия мотивированности. Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от 16 марта 1998 г. № 9-П по делу о проверке конституционности ст. 44 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР и ст. 123 Гражданского процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами ряда граждан высказана позиция, в соответствии с которой отсутствие в законе достаточной правовой урегулированности может повлечь признание такого закона не соответствующим Конституции Российской Федерации.

Во всех приведенных делах мотивы принятого решения в процессуальных документах указаны. В постановлении судьи Верховного Суда Российской Федерации по делу Воскресова в качестве мотива отказа указано, что «доводы, аналогичные изложенным в жалобе, проверялись Верховным Судом РФ при рассмотрении дела в кассационном порядке и были признаны необоснованными». В ответах сотрудников Генеральной прокуратуры на жалобы по делу Уайта в качестве мотива принятого решения указано на доказанность обвинения. В ответе и.о. начальника управления прокуратуры Московской области на жалобы по делу Коновалова в качестве мотива принятого решения приведено отсутствие основа-

ний для прекращения дела ввиду неприменимости в данном случае сроков давности. Таким образом, все эти решения отвечают требованию мотивированности. В то же время ни в одном из этих случаев невозможно понять, какие доводы жалоб и по каким основаниям признаны несостоятельными.

Из всего этого следует, что положения ст. 7, 123, 124, ч. 3 ст. 408 и ч. 1 ст. 388 УПК РФ в их взаимосвязи допускают вынесение постановлений об оставлении без удовлетворения жалоб на действия и решения следователей, прокуроров и судов по уголовным делам без приведения оснований, по которым отвергнуты конкретные доводы этих жалоб, т.е. фактически допускают вынесение постановлений о законности обжалуемых актов без рассмотрения самих жалоб, ибо рассмотрение жалобы состоит именно в рассмотрении содержащихся в ней доводов.

Из сопоставления УПК РФ с действовавшим ранее УПК РСФСР видно, что здесь имеет место сознательная позиция, а не упущение законодателя: в ранее действовавшем УПК РСФСР была норма, обязывавшая суд кассационной инстанции при оставлении без удовлетворения жалобы или протеста указывать основания, по которым доводы жалобы или протеста признаны неправильными или несущественными (ч. 2 ст. 351 УПК РСФСР).

Фактически позволяя правоохранительным органам и суду не отвечать на вопросы, поставленные в жалобах, упомянутые нормы Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации тем самым умаляют достоинство защитников, превращая их из равноправного субъекта отношений с государственными органами в почти бесправный объект их деятельности, и, следовательно, не соответствуют ч. 1 ст. 21 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой достоинство личности охраняется государством и ничто не может быть основанием для его умаления.

Нормы Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, позволяющие прокурорам и судам не сообщать защитнику, какие доводы жалоб и по каким основаниям признаны несостоятельными либо несущественными, противоречат ч. 2 ст. 24 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой органы государственной власти, их должностные лица обязаны обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом. Невозможность получения информации, позволяющей судить об адекватности адвокатских жалоб, как части профессиональной деятельности, непосредственно затрагивает права адвокатов, в то же время законов, предусматри-

вающих возможность не знакомить их с этой информацией, не существует.

Выбор профессии адвоката реализует конституционное право на труд — право на свободный выбор деятельности и профессии. Обращение с жалобами составляет существенную часть деятельности адвоката при осуществлении защиты по уголовным делам. Требования защитника о восстановлении нарушенного, по его мнению, права, могут быть заявлены только в виде жалоб на действия следователя — прокурору, на действия прокурора — вышестоящему прокурору или в суд, на действия и решения суда — в вышестоящий суд в кассационном либо надзорном порядке. Нормы закона, ограничивающие возможность приносить жалобы путем фактического разрешения правоохранительным органам и судам отказывать в удовлетворении жалоб без рассмотрения содержащихся в них доводов, фактически не дают адвокату возможности выполнять свои профессиональные обязанности, чем существенно ущемляют право на занятие избранной деятельностью и, следовательно, не соответствуют ч. 1 ст. 37 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой каждый имеет право свободно выбирать род деятельности и профессию.

Право на обращение к прокурору либо в суд с жалобой на действия следователя, равно как и обращение с жалобой на действия прокурора к вышестоящему прокурору или в суд либо обращение с жалобой на действия и решения суда в вышестоящий суд, представляет собой частный случай права на обращение в государственные органы и права на судебную защиту, гарантированного ст. 33 и 46 Конституции Российской Федерации. Нерассмотрение доводов жалобы нарушает право на обращение в государственные органы и в суд, и, таким образом, закон, позволяющий не рассматривать жалобы, противоречит ст. 33 и 46 Конституции.

В силу ст. 55 Конституции Российской Федерации «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Никаких упомянутых в ст. 55 Конституции Российской Федерации обстоятельств, которые могут служить основанием для ограничения указанных прав, не существует.

Конституционный Суд Российской Федерации в определении от 8 июля 2004 г. № 237-О по жалобе Воскресова на нарушение его конституционных прав ч. 1 ст. 388 и ч. 3 ст. 408 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации признал эти статьи УПК со-

ответствующими Конституции, но только «в их конституционно-правовом истолковании», не допускающем отказа судов кассационной и надзорной инстанции «при вынесении определения (постановления) об оставлении обжалуемого решения без изменения от рассмотрения в полном объеме и оценки доводов жалобы, а также мотивировки своих решений путем указания на конкретные основания, по которым доводы отвергаются вышестоящим судом». По мнению Конституционного Суда, высказанному в упомянутом определении, «реализация права на справедливое судебное разбирательство невозможна, если суд не выслушал и не оценил по существу все аргументы, представленные в ходе судебного процесса его участниками со стороны обвинения и защиты». Далее в том же определении: «Требования справедливого правосудия и эффективно-го восстановления в правах применительно к решениям вышестоящих судебных инстанций также предполагают обязательность фактического и правового обоснования принимаемых ими решений, в т.ч. обоснованности отказа в отмене или изменении обжалуемого судебного акта, что невозможно без последовательного рассмотрения и оценки доводов соответствующей жалобы».

Здесь есть некоторая неточность — обоснование отказа в удовлетворении жалобы без последовательного рассмотрения и оценки доводов не невозможно, а неправомерно. Закон же хорош не тогда, когда его требования предполагают что-либо, но тогда, когда требования закона вынуждают правоприменителя к определенным действиям под страхом, как минимум, признания ничтожности принятых решений. Интерес правоприменителя не совпадает с интересом тех, кто обращается за защитой закона. Если граждане нуждаются «в справедливом правосудии и эффективном восстановлении в правах», то правоприменители — судьи и прокуроры — вовсе не обязательно нуждаются в вынесении справедливых решений, эффективно восстанавливающих чьи бы то ни было права. Их интерес чаще состоит в том, чтобы заслужить расположение начальства, для чего нужно обеспечить определенный уровень показателей своей деятельности. Показатели эти должны быть формализованы. Формализовать показатели по качеству работы пытались — кто из судей не знает, что такое «стабильность приговоров»? Погоня за этой стабильностью (т.е. высоким процентом приговоров, оставленных без изменения в кассационной инстанции) приводила (и приводит) к оставлению без изменения в кассационной инстанции приговоров, законность и справедливость которых более чем сомнительна. Поддаются формализации количественные показатели — прежде всего соблюдение сроков рассмотрения дел и жалоб.

Потому важнейший интерес чиновника состоит в по возможности быстрейшем рассмотрении дел. Каждый, кто состоял на государственной службе, знает: чуть ли не главное требование начальства — соблюсти сроки, сроки во что бы то ни стало, нарушить срок в глазах начальства гораздо хуже, чем принять неверное решение. А необходимость анализировать в решении по жалобе все доводы этой жалобы тормозит процесс. Не от хорошей жизни даже судьи Верховного Суда России откровенно нарушают закон и оглашают в кассационных заседаниях не полный текст определения, а только его резолютивную часть. Полный текст к моменту их выхода из совещательной комнаты еще и не готов, определение будет «отписано» потом, когда позволит время.

Обеспечение права на защиту — это и обеспечение возможности пользоваться услугами защитника. В «новом» Кодексе сохраняются старые нормы УПК РСФСР о вступлении защитника в дело через процедуру его допуска. Термин «допуск» в его буквальном истолковании означает, что следователь, орган дознания, прокурор или суд вправе допустить либо не допустить защитника к участию в деле. Именно такой смысл и придавался этой норме правоприменительной практикой.

Между тем при наличии согласия обвиняемого (подозреваемого) либо уполномоченных им лиц адвокат уже является защитником и должен пользоваться всеми предоставленными ему законом правами. Если имеются основания для его отвода, он должен быть отведен мотивированным постановлением (определением) соответствующего органа, но пока такого постановления (определения) нет, не допускать его к делу никто не вправе. В нормах УПК о «допуске» защитника находили свое оправдание откровенно неконституционные требования администрации мест содержания арестованных представлять письменное разрешение следователя на свидание адвоката со своим подзащитным.

Право каждого подозреваемого и обвиняемого сноситься с выбранным им самим защитником и защищать себя через его посредство предусмотрено пп. «b» п. 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. и п. «с» ч. 3 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, в силу ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации являющихся частью правовой системы Российской Федерации.

Ссылаясь именно на статьи УПК РСФСР о «допуске» защитника, подтвердил «право» выдачи разрешений на свидания обвиняемого со своим защитником (в т.ч. разовых) Верховный Суд Российской Федерации в решении по жалобе Писаревского в 1999 г.

Позиция Верховного Суда была основана именно на том, что в УПК РСФСР применительно к вступлению адвоката в дело использован термин «допуск»: в ч. 1 ст. 47 УПК РСФСР указано, что «защитник допускается к участию в деле», а в силу ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР защитник наделяется правами «с момента допуска к участию в деле». В решении по жалобе Костанова в 2000 г. Верховный Суд Российской Федерации подтвердил эту позицию, поскольку в УПК РФ использован тот же термин — новый УПК так же, как и старый, говорит о «допуске» защитника в дело. В результате применения этих статей УПК РСФСР (а затем и УПК РФ) право обвиняемого на свидание с выбранным им самим защитником по существу было превращено в право следователя допустить или не допустить выбранного обвиняемым защитника к делу, предоставить или не предоставить ему свидание с подзащитным, равно как и обвиняемому с защитником.

Конституционный Суд Российской Федерации поставил точку над «i» в этой проблеме. Увы, эта точка знаменует не полное и бесспорное решение, а лишь то, что Конституционный Суд — последняя инстанция в споре, т.к. его решения не обжалуются и являются окончательными. Конституционный Суд в Постановлении от 25 октября 2001 г. № 14-П указал, что «положения ч. 1 и 4 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР, определяя момент, с которого адвокат, имеющий ордер юридической консультации, при отсутствии обстоятельств, указанных в ст. 67 п. 1 УПК РСФСР, вправе вступить в уголовное дело, не предполагают какого-либо особого — разрешительного порядка такого вступления и, следовательно, не должны служить основанием для лица или органа, в производстве которых находится уголовное дело, принимать правоприменительные акты, разрешающие защитнику участвовать в деле. Не должны они рассматриваться и как основание для введения разрешительного порядка реализации права адвоката иметь свидания с подозреваемым и обвиняемым, содержащимся под стражей. Иное понимание этих норм расходилось бы с их аутентичным смыслом и противоречило бы предписаниям ст. 48 (ч. 2) Конституции Российской Федерации, в силу которой — во взаимосвязи со ст. 46, 49 (ч. 1 и 2), 50 (ч. 2) и 123 (ч. 3) Конституции Российской Федерации — реализация закрепленного в ней права подозреваемого и обвиняемого пользоваться помощью адвоката (защитника), в т.ч. иметь с ним свидания, не может быть обусловлена соответствующим разрешением лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело. Таким образом, положения ч. 1 и 4 ст. 47 УПК РСФСР о допуске адвоката к участию в уголовном судопроизводстве в качестве защитника, а также положение ч. 2 ст. 51

УПК РСФСР о праве защитника с момента допуска к участию в деле иметь с подозреваемым и обвиняемым свидания не противоречат Конституции Российской Федерации». Однако Конституционный Суд Российской Федерации, подтвердив высказанную ранее правильную по сути позицию*, истолковал УПК фактически вопреки буквальному смыслу формулировок упомянутых статей: во всех словарях русского языка, от Даля до Ожегова, утверждается, что слова «допуск» и «допускать» имеют только одно — причем именно разрешительное — значение**. А ведь законы юридические излагаются на языке, и хотя бы поэтому языковые законы должны признаваться выше юридических!

Постановление Конституционного Суда повлекло пересмотр принятого ранее Верховным Судом решения. Президиум Верховного Суда постановил: «Решение Верховного Суда Российской Федерации от 14 сентября 2000 г. отменить и вынести новое решение о признании незаконным и недействующим со дня вступления решения в законную силу п. 149 Правил внутреннего распорядка следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Российской Федерации, утвержденных Приказом Министерства юстиции Российской Федерации от 12 мая 2000 г. № 148 (в редакции Приказа Минюста РФ от 21.02.2002 г. № 55), в части, устанавливающей, что свидания подозреваемым или обвиняемым с адвокатом, участвующим в деле в качестве защитника, предоставляются по предъявлении им документа о допуске к участию в уголовном деле, выданного лицом или органом, в производстве которых находится уголовное дело».

На запрос депутата Государственной думы С.А. Попова начальник ГУИНа ответил, что на места направлено специальное письмо о постановлении Президиума Верховного Суда РФ и указание о недопустимости ущемления права обвиняемых (подозреваемых) на получение свидания со своими защитниками. Казалось бы, закон торжествует.

* В Постановлении от 27 июня 2000 г. № 11-П Конституционный Суд Российской Федерации признал положение, в соответствии с которым реализация права на защиту и права пользоваться помощью адвоката ставится в зависимость от усмотрения органов дознания и предварительного следствия, не соответствующим Конституции Российской Федерации и указал, что такое усмотрение «открывает возможность для недопустимых произвольных властных действий в отношении лица, чьи конституционные права и свободы ограничиваются, что не только противоречит принципам свободы и личной неприкосновенности (ст. 22, ч. 1, Конституции Российской Федерации), но и умаляет достоинство личности как основу признания и уважения ее прав и свобод (ст. 21, ч. 1, Конституции Российской Федерации)».

** См. Ожегов С.И. и Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. 4-е изд., доп. М.: Ин-т русского языка им. В.В. Виноградова РАН, 2001. С. 175–176.

Как выяснилось, однако, эпопея на этом не закончилась. «Оставленные в силе» старые формулировки УПК о «допуске» защитника к делу способствовали тому, что все правильные положения, высказанные по этому поводу Конституционным Судом и Верховным Судом Российской Федерации, довольно долго не работали. Так получилось, что с момента вынесения постановления Президиума Верховного Суда РФ у меня не было повода побывать в следственных изоляторах и убедиться в торжестве законности. Еще в ноябре 2003 г. в Бутырской тюрьме (следственный изолятор № 77/2) требования закона продолжали нарушать. В бюро пропусков, у окошка, куда следует сдавать требования о вызове заключенных, была вывешена ксерокопия январского (2003 г. — т.е. изданного значительно позже принятия постановления Конституционного Суда и постановления Президиума Верховного Суда) указания УИНа Москвы о предоставлении адвокатам свиданий с содержащимися под стражей подзащитными по предъявлении разрешения органа, в производстве которого находится дело.

Президент Федеральной палаты адвокатов направил по этому поводу министру юстиции РФ следующее письмо.

Министру юстиции
Российской Федерации
Государственному советнику
юстиции Российской Федерации
Ю.Я. Чайке

Уважаемый Юрий Яковлевич!

В совет Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации поступили сведения о том, что Управлением исполнения наказаний Министерства юстиции Российской Федерации по г. Москве направлено начальникам следственных изоляторов Москвы и Учебного центра циркулярное письмо № 461, в котором предлагается предоставлять свидания защитникам с содержащимися под стражей подзащитными лишь по предъявлении ими документа о допуске к участию в деле, выдаваемого органом, в производстве которого находится уголовное дело. Циркуляр подписан и.о. первого заместителя начальника УИН МЮ РФ по г. Москве подполковником внутренней службы С.А. Поповым. Копия указанного циркуляра вывешена для всеобщего сведения, в частности, в помещении бюро пропусков Следственного изолятора № 2 — там, где адвокаты сдают требования о предоставлении свиданий. Указание

мотивировано тем, что, по мнению С.А. Попова, «право на свидание у защитника устанавливается законом с момента допуска к участию в деле», в связи с чем «такое участие должно подтверждаться соответствующим документом органа, в производстве которого находится уголовное дело». Это указание принято к исполнению руководством следственных изоляторов Москвы.

В результате действий руководства УИН МЮ РФ по г. Москве, явно выходящих за пределы полномочий, которыми оно обладает по закону, в Москве грубо попираются права содержащихся под стражей обвиняемых (подозреваемых) и их защитников.

По действующему законодательству (ч. 2 ст. 48 Конституции Российской Федерации, пп. «а» и «б» п. 3 ч. 3 ст. 49 УПК Российской Федерации) защитник участвует в уголовном деле и, соответственно, получает право на свидание с находящимся под стражей подзащитным не с момента, когда следователь соблаговолит выдать ему разрешение на это, а с момента фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления, либо применения к нему меры пресечения в виде заключения под стражу. Как указал Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении № 14-П от 25 октября 2001 г., «реализация права подозреваемого и обвиняемого пользоваться помощью адвоката (защитника), в т.ч. иметь с ним свидания, не может быть обусловлена соответствующим разрешением лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело».

Как известно, постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации признан незаконным и недействующим п. 149 Правил внутреннего распорядка следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы МЮ РФ, утвержденных Приказом МЮ РФ № 148 от 12 мая 2000 г. (в ред. Приказа МЮ РФ от 21.02.2002 № 55), в части, устанавливающей, что свидания подозреваемым и обвиняемым предоставляются с адвокатом, участвующим в деле в качестве защитника, по предъявлении им документа о допуске к участию в уголовном деле, выданного лицом или органом, в производстве которых находится уголовное дело.

Просил бы Вас, уважаемый Юрий Яковлевич, принять необходимые меры для прекращения нарушений закона в следственных изоляторах г. Москвы при предоставлении адвокатам, участвующим в уголовных делах в качестве защитников, свиданий с содержащимися под стражей обвиняемыми и подозреваемыми.

Президент Федеральной палаты адвокатов
Российской Федерации Е.В. Семеняко

Довольно скоро Советом Федеральной палаты адвокатов из министерства был получен ответ, из которого следовало, что незаконное указание еще в мае 2003 г. отменено, а все устаревшие объявления из бюро пропусков и приемных помещений следственных изоляторов удалены. Читать эту бумагу было приятно. Сердце переполнялось гордостью за Главное управление исполнения наказаний и стало даже как-то неловко — незаконное указание, оказываемая, более полугодом назад отменено, а мы, не разобравшись толком, напрасно беспокоим ГУИН, в царстве которого царят законность и порядок.

Но смутное предчувствие, что не все так ладно в этом датском королевстве, не оставляло. И верно — почти в тот же день, когда я прочел ответ ГУИНа на наше обращение, мне в руки попала копия представления, внесенного заместителем прокурора Москвы на имя начальника столичного УИНа 21 ноября 2003 г. В представлении утверждалось, что для предоставления свидания в следственном изоляторе со своим подзащитным адвокату недостаточно предъявить ордер. По мнению заместителя прокурора г. Москвы, «ссылка на решение Президиума Верховного Суда РФ является несостоятельной, т.к. в указанном решении Президиум Верховного Суда РФ постановил: решение Верховного Суда Российской Федерации от 14 сентября 2002 г. отменить и вынести новое решение. Такого нового решения Верховным Судом РФ не выносилось».

Это уже был даже не правовой нигилизм, а правовой цинизм. Последовал ряд обращений к руководству Минюста (в т.ч. и депутатский запрос).

24 декабря 2003 г. — и месяца не прошло со дня получения Советом Федеральной палаты адвокатов письма из ГУИНа (того самого, в котором написано, что и следы незаконных указаний исчезли из СИЗО) — мне отказали в предоставлении свидания с моим подзащитным все в том же СИЗО № 2 московского УИНа («Бутырка»). И вновь закрутилось колесо переписки — с ГУИНОм, с Верховным Судом, с Генеральным прокурором...

Прошел еще год. Объявление о необходимости предъявлять разрешение органа, в производстве которого находится дело, из бюро пропусков «Бутырки» убрали. Свидания стали предоставлять адвокатам, как это и положено, по предъявлению ордера и удостоверения. Но... свидания с подзащитными в «Бутырке» стали предоставлять в помещении, разделенном двумя бронестеклами, с частой сеткой между ними, и разговаривать с подзащитным стало возможно только по телефону. Говорят, что общаться можно, но передать ничего нельзя, а передавать, мол, запрещено. Очень,

дескать, способствует борьбе с преступностью. Поистине инициатива тюремщиков по созданию преград для защитников безмерна. Эту бы энергию — да в мирных целях, можно было и вечный двигатель построить! Непонятно, правда, как через стекло и сетку адвокат сможет ознакомить обвиняемого с документами или как обвиняемый сможет подписать подготовленную адвокатом жалобу. И уж понятно, как «гарантируется» соблюдение требований закона о том, что свидание должно происходить при условиях, исключающих возможность слышать, о чем обвиняемый говорит со своим защитником — уж телефонный характер свидания создает для подслушивания почти идеальные условия!

Остается добавить, что в соответствии с п. 148 злосчастных Правил внутреннего распорядка в следственных изоляторах «свидания подозреваемого или обвиняемого с защитником осуществляются наедине без разделительной перегородки и без ограничения их количества и продолжительности. Свидания могут проводиться в условиях, позволяющих сотруднику СИЗО видеть подозреваемого или обвиняемого и защитника, но не слышать».

Вице-президент Федеральной палаты адвокатов обратился к министру юстиции. Ответ был прост и ясен: в «Бутырке», дескать, производился ремонт, из-за чего приходилось адвокатам предоставлять свидания с подзащитными в ненадлежаще оборудованных помещениях. С августа положение исправлено — свидания предоставляются так, как положено. Приятно было читать, однако же ремонт не помешал предоставлять следователям помещения для допросов без всяких перегородок. Колесо крутится, законы нарушаются, права человека вновь становятся «факультетом ненужных вещей».

С начала эпопеи — со времени обращения адвоката Писаревского в Верховный Суд — пошло пять лет; воз тронулся с места, но продвигается с изнурительной медлительностью и ужасающим скрипом. Жаль тратить время и силы на преодоление правового невежества тех, кто сам должен служить примером в строжайшем соблюдении законов. Но делать нечего — древние римляне говорили, что право написано для бодрствующих. И еще они говорили, что для благоденствия государства нужны две вещи — хорошие законы и чтобы они исполнялись. Всего-то.

Состав суда

В новом УПК упразднен институт народных заседателей. Эта мера была бы прогрессивной, если бы все дела, рассматриваемые с участием народных заседателей, стали рассматривать с участием присяжных. Однако подсудность суда присяжных осталась прежней. Место суда народных заседателей занял суд профессиональных судей — единоличный либо в составе коллегии из трех профессиональных судей.

Да, «кивалы», как называют народных заседателей, — плохо. Но плохо по сравнению с судом присяжных. В новом УПК сперва к единоличной компетенции судьи были отнесены все уголовные дела о преступлениях, за которые могло быть назначено наказание до 10 лет лишения свободы. В то же время дела о преступлениях, за которые могло быть назначено наказание строже 10 лет лишения свободы, могли рассматривать либо (по ходатайству обвиняемого) присяжные, либо (с согласия обвиняемого) коллегия из трех федеральных судей. Однако никакой обязанности просить о рассмотрении дела коллегией присяжных, равно как соглашаться на рассмотрение его дела коллегией федеральных судей, на обвиняемого, естественно, возложить невозможно. На это было обращено внимание — депутат от фракции «ЯБЛОКО» И.А. Артемьев внес законопроект о внесении в УПК соответствующих изменений, направленных на рассмотрение всех уголовных дел, по которым обвиняемым грозило наказание строже 10 лет лишения свободы, судом присяжных либо, по ходатайству обвиняемого, коллегией федеральных судей. Законодатель пошел иным путем — Федеральным законом от 29 мая 2002 г. ч. 1 ст. 30 УПК РФ была изменена, теперь федеральный судья получил право единолично назначать любое наказание — вплоть до 20 лет лишения свободы! Готовы ли мы к тому, чтобы основную массу дел с правом назначения наказания до 20 лет лишения свободы рассматривали судьи единолично? В тех правовых системах, с которых наши законодотворцы якобы берут пример, судом присяжных рассматривается большинство уголовных дел (великий Плевако защищал перед присяжными старуху, укравшую медный чайник ценою меньше рубля). Наши присяжные рассматривают только дела о самых опасных преступлениях. На иное, как всегда, когда речь заходит о правосудии, «нет средств». Весьма вероятно, однако, что причина здесь кроется не в нехватке финансов, а в неприятном для власть предержащих обстоятельстве — присяжные непривычно

часто для нашего правосудия выносят оправдательные вердикты. Не случайно в Думу время от времени вносятся законопроекты о сужении компетенции суда присяжных — и без того узкой.

Можно ли считать демократическим правосудие, которое вершит судья, не обязанный быть ни независимым, ни беспристрастным, но при этом имеющий право заточить в казематы на 20 лет?

Судебный порядок решения вопроса об аресте

Судебная санкция на арест в отечественном исполнении розлива 2002 г. оказалась хуже прокурорской (хотелось как лучше, а получилось...). Оставим пока в стороне рассуждения о том, что суды у нас в большинстве своем остались такими же, какими были раньше, что бы об этом ни говорили творцы судебной реформы: и не независимыми, и не беспристрастными, и не объективными (тем более что эти принципы нынче из УПК исчезли).

Установив судебный порядок избрания меры пресечения в виде содержания обвиняемого (подозреваемого) под стражей, действующий УПК РФ в то же время не определил круг обстоятельств, наличие либо отсутствие которых должно быть проверено судом при избрании указанной меры пресечения. В ранее действовавшем УПК РСФСР также не были определены обстоятельства, которые должен был учитывать прокурор при даче санкции на арест. Однако ранее этот недостаток восполнялся наличием достаточно подробных ведомственных приказов и инструкций, дополняемых мерами дисциплинарной ответственности прокуроров за необоснованную дачу санкции. Прокуроры обязаны были проверять правильность применения уголовного закона и наличие достаточных доказательств, изобличающих обвиняемого (подозреваемого) — с тем, чтобы не были арестованы лица, обвиняемые в действиях, не содержащих состава преступления, либо заподозренные (обвиняемые) в совершении преступлений без достаточных к тому оснований. Это сдерживало стремление некоторых прокуроров и следователей к слишком широкому применению арестов. В 1992 г. УПК РСФСР был дополнен нормами о судебной проверке законности и обоснованности применения арестов и продления их сроков. Обобщив судебную практику проверки законности и обоснованности ареста, Пленум Верховного Суда Российской Федерации в Постановлении от 27 апреля 1993 г. № 3 указал, что «при рассмотрении жалобы на применение органом дознания, следователем, прокурором заключения под стражу в качестве меры пресечения, а равно на продление срока содержания под стражей судья исследует материалы, подтверждающие законность и обоснованность применения данной меры пресечения.

При этом под законностью ареста следует понимать соблюдение всех норм уголовно-процессуального законодательства, регламентирующих порядок применения указанной меры пресечения и продления срока ее действия, а под обоснованностью — наличие в представленных материалах сведений, в т.ч. о личности содержащегося под стражей, которые подтверждают необходимость применения заключения под стражу в качестве меры пресечения или продления ее срока (ст. 11, 89–92, 96 и 97 УПК РСФСР)».

В настоящее время ни упомянутые приказы и инструкции Генерального прокурора, ни постановление Пленума Верховного Суда не действуют. Суд не обязан проверять ни правильность применения уголовного закона, ни обоснованность подозрений и обвинений, ни даже законность задержания. Проверка правильности юридической квалификации и наличия доказательств считается прерогативой суда первой инстанции. Однако проверка этих обстоятельств судом при рассмотрении дела по первой инстанции не может быть признана достаточно эффективной, прежде всего, из-за своего запоздалого характера: лицо, необоснованно привлеченное к уголовной ответственности и необоснованно арестованное, уже подвергнуто содержанию под стражей, причем из-за перегруженности судов и вызванной этим волокиты необоснованно арестованные содержатся под стражей не один месяц. Даже полное оправдание и освобождение не способно восполнить невиновно привлеченному человеку времени, проведенного за тюремной решеткой.

Положение может быть изменено путем введения ограниченной проверки правильности юридической квалификации и доказанности обвинения, не затрагивая при этом компетенции суда первой инстанции. Для этого необходимо установить, что суд при решении вопроса о применении либо продлении срока ареста должен проверить достаточность доказательств, дающих основания для обвинения лица в совершении преступления в пределах, установленных ст. 171 УПК РФ. Правильность применения уголовного закона необходимо проверять не относительно деяния, фактически совершенного обвиняемым, но относительно деяния, вмененного ему в вину, — прежде всего, с точки зрения наличия либо отсутствия состава преступления в действиях, описанных в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого, либо в действиях, послуживших основанием к возбуждению уголовного дела, как они описаны в этом постановлении. Такое решение вопроса позволит свести к минимуму случаи необоснованных арестов.

Люди, причастные к принятию УПК РФ, неоднократно заявляли, что статистика показывает — теперь меньше стали арестовывать.

Не знаю, что им статистика показывает, а только вспоминается при этом известное изречение о том, что есть ложь, есть большая ложь, а есть и статистика — опыт участия в рассмотрении судами вопроса об аресте не дает никаких оснований для оптимизма. Может, на первых порах и стали меньше арестовывать, но не потому, что суды отказывали, а потому, что следователи поначалу опасались в суды обращаться. Суды же чаще всего удовлетворяют ходатайства следователей, исходя при этом из одного только соображения: «Обвиняемому предъявлено обвинение в преступлении, за которое по закону может быть назначено наказание в виде лишения свободы сроком более двух лет». Никакие данные о том, что обвиняемый никуда не собирался скрываться и его нахождение на свободе ни для кого никакой опасности не представляет, в расчет не принимаются.

Как справедливо отмечают В.А. Цискаришвили и С.В. Рачеева, «"растерянность" прошла достаточно быстро, и постепенно количество арестованных судами лиц увеличивается, и статистика указывает на то, что уровень арестов, примененных с санкции прокурора до введения нового УПК, и судебных арестов после его введения в настоящее время начинает выравниваться»*, и далее: «Институт судебных арестов достаточно быстро превратился в придаток обвинительной машины государства»**.

Да и почему, собственно, суды должны подходить к делу иначе? По УПК РФ суды при решении вопроса об избрании меры пресечения не должны проверять ни правильность применения уголовного закона, ни наличие доказательств, подтверждающих обвинение. Слова об обоснованности задержания, упоминаемые в ст. 108 УПК РФ, вообще ничего не означают, поскольку даже если задержание и было необоснованным, задержанного суд не выпустит на свободу, а предоставит обвинению трое суток для «представления... дополнительных доказательств обоснованности или необоснованности избрания меры пресечения в виде заключения под стражу».

Однако в силу п. 2 ст. 22 Конституции Российской Федерации «до судебного решения лицо не может быть подвергнуто задержанию на срок более 48 часов». Несмотря на это УПК РФ предоставил суду право откладывать принятие «окончательного решения по ходатайству стороны на срок не более чем семьдесят два часа для представления ею дополнительных доказательств обоснованнос-

* Цискаришвили В.А., Рачеева С.В. Правовое регулирование судебного ареста // Дела судебные. М.: Юрлитинформ, 2004. Вып. 3. С. 116.

** Там же. С. 151.

ти задержания» (в общей сложности 120 часов — 5 суток без судебного решения!). Нужно ли долго размышлять, чтобы догадаться, что этой стороной будет сторона обвинения и что такие ходатайства будут заявлены практически по каждому делу?

Авторы этой нормы, пытаясь доказать ее демократичность и соответствие ее Конституции, заявляют, что это отложение решения вопроса судом на 72 часа используется и защитой: им, дескать, известен случай, когда такое отложение состоялось по ходатайству защиты, сумевшей за трое суток добыть положительную характеристику на обвиняемого, что позволило добиться избрания меры пресечения, не связанной с содержанием под стражей. Позвоительно заметить по этому поводу, что положительные, равно как и отрицательные, характеристики никак нельзя отнести к дополнительным доказательствам обоснованности задержания, как, впрочем, и к не дополнительным тоже. Основания для задержания перечислены в ст. 91 УПК РФ, в которой никакие служебные характеристики или отзывы соседей не упоминаются. Да и во что превратится правосудие, если от мнения начальства или от соседских пересудов будет зависеть решение вопроса об обоснованности задержания? Если человек был задержан необоснованно, его надо немедленно из-под стражи освободить. А все «доказательства», полученные в результате такого задержания, должны быть признаны недопустимыми. На самом деле речь идет о предоставлении органу дознания еще трех суток для добывания доказательств. Это хуже, чем в УПК РСФСР (причем хуже и УПК РСФСР 1960 г., и предыдущего УПК 1922 г.). Зная суровые привычки отечественных борцов с преступностью, нетрудно понять, как и какие доказательства будут добыты за эти дополнительные трое суток у продолжающего сидеть в изоляторе подозреваемого.

Очевидно, что решение суда об отложении рассмотрения ходатайства об аресте — это, по сути, не правосудие, а отказ в правосудии. Предоставление стороне возможности «представлять дополнительные доказательства обоснованности задержания» означает, что к моменту представления материалов в суд и, тем более, в момент задержания доказательств его обоснованности было недостаточно. Переведем на русский язык для непонятливых. Это означает не что иное как то, что задержание было необоснованным. Установив, что достаточных оснований для задержания не было и за двое суток до судебного заседания они так и не обнаружили, суд должен освободить задержанного, а не предоставлять «стороне» право искать «дополнительные доказательства обоснованности задержания».

Уже в первом полугодии 2003 г. число арестов увеличилось, «население» следственных изоляторов существенно возросло*. Прокуроры, которые более не отвечают за обоснованность арестов, легче, чем раньше к даче санкции на арест, относятся к даче согласия следователю на ходатайство об аресте, адресованное суду. Судьи, которые в силу закона не обязаны проверять ни обоснованность постановки вопроса об аресте, ни даже наличие состава преступления в предъявленном обвинении, проверяют только одно: предусмотрено ли по статье обвинения наказание строже двух лет лишения свободы. В итоге практика вернулась к тому, от чего законодатель старался уйти. Если ранее в УПК РСФСР был включен перечень статей Уголовного кодекса, обвиняемые по которым могли быть арестованы только из соображений тяжести содеянного, то теперь тяжесть содеянного как основание для ареста, казалось бы, из Кодекса исключена. Однако, исходя при решении вопроса об аресте почти только из возможности наказания обвиняемого лишением свободы на срок более двух лет, судьи фактически исходят из тяжести преступлений, которые по своей опасности несравненно ниже перечисленных в соответствующей статье УПК РСФСР.

Высказался по этому вопросу и Пленум Верховного Суда Российской Федерации, в п. 14 Постановления которого от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» сказано:

«При разрешении вопросов о продлении срока содержания под стражей судам надлежит учитывать, что согласно п. 3 ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод каждое лицо, подвергнутое аресту или задержанию, имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда.

В соответствии с правовыми позициями Европейского Суда по правам человека при установлении продолжительности срока содержания подсудимого под стражей учитывается период, начинающийся со дня заключения подозреваемого (обвиняемого) под стражу и заканчивающийся днем вынесения приговора судом первой инстанции.

Следует учитывать, что наличие обоснованного подозрения в том, что заключенное под стражу лицо совершило преступление, является необходимым условием для законности ареста. Вместе с тем, такое подозрение не может оставаться единственным основа-

* К тем же выводам пришли В.А. Цискаришвили и С.В. Рачеева. См. цит. работу. С. 116 – 117.

нием для продолжительного содержания под стражей. Должны существовать и иные обстоятельства, которые могли бы оправдать изоляцию лица от общества. К таким обстоятельствам, в частности, может относиться возможность того, что подозреваемый, обвиняемый или подсудимый могут продолжить преступную деятельность, либо скрыться от предварительного следствия или суда, либо сфальсифицировать доказательства по уголовному делу, вступить в сговор со свидетелями.

При этом указанные обстоятельства должны быть реальными, обоснованными, т.е. подтверждаться достоверными сведениями. В случае продления сроков содержания под стражей суды должны указывать конкретные обстоятельства, оправдывающие продление этих сроков, а также доказательства, подтверждающие наличие этих обстоятельств».

По долгому размышлению и законодатель изменил ч. 1 ст. 108 УПК — в соответствии с Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. ч. 1 этой статьи дополнена новым вторым предложением следующего содержания: «При избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в постановлении судьи должны быть указаны конкретные, фактические обстоятельства, на основании которых судья принял такое решение».

Увы! И позиция Верховного Суда, и обновленная редакция нормы закона в практике применения ст. 108 УПК РФ фактически не повлекли почти никаких изменений.

Изложенным «достоинства» ст. 108 УПК РФ не исчерпываются. Установив в законе судебный порядок арестов, наши законодатели, по-видимому, испугавшись собственной смелости и собственного демократизма, не наделили обвиняемого и защитника, участвующего в судебном заседании при рассмотрении вопроса об аресте, правом знакомиться с материалами, представленными обвинением в суд.

При рассмотрении судом жалобы обвиняемого или защитника на обоснованность ареста либо на продление срока содержания под стражей в соответствии с ч. 3 ст. 46 УПК РСФСР и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР обвиняемый и его защитник имели право знакомиться с материалами, направляемыми в суд в подтверждение законности и обоснованности применения к обвиняемому заключения под стражу в качестве меры пресечения. Из сопоставления ст. 47 и 53 УПК РФ и ст. 46 и 51 УПК РСФСР следует, что законодатель, формулируя в УПК РФ нормы о правах обвиняемого и его защитника, намеренно не включил в перечень их прав право знакомиться с материалами, представленными обвинением в суд в обоснование не-

обходимости избрания в отношении обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу, лишив их права, которым они пользовались по ранее действовавшему законодательству. Таким же образом истолковывала эти нормы УПК РФ и судебная практика. Отказывали в ознакомлении даже с самим ходатайством следователя об аресте. Судьи Московского городского суда, например, на соответствующую просьбу отвечали: «Мы будем оглашать материалы — воспринимайте на слух» (!).

Лишение права обвиняемого и его защитника знакомиться с материалами, представляемыми обвинением в суд в обоснование необходимости избрания меры пресечения в виде заключения под стражу, сделало беспредметным и бессмысленным участие обвиняемого и защитника в рассмотрении судом вопроса об избрании меры пресечения, превратив обвиняемого из субъекта уголовного процесса в объект процессуальных действий суда и обвинения, которому могут быть заданы вопросы и к которому могут применяться меры принудительного характера, но который не может знать, в связи с чем и на основании чего эти меры к нему применяются. В результате при рассмотрении судом вопроса об избрании меры пресечения — принудительной меры, в наибольшей степени ограничивающей конституционное право гражданина на личную свободу, — защита оказалась в существенно менее благоприятном положении по сравнению с обвинением.

Такое положение не соответствует п. 3 ст. 123 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которым судопроизводство в Российской Федерации осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон.

Такое положение не соответствует также и п. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, установившему, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Пунктом 1 ст. 6 Конвенции О защите прав человека и основных свобод от 04 ноября 1950 г. закреплено право каждого на справедливое судебное разбирательство.

Европейский Суд по правам человека в ряде решений признал нарушением права на справедливое судебное разбирательство неравенство сторон в процессе. В решении по делу Вермюлен против Бельгии Европейский Суд по правам человека указал, что «принцип состязательности означает, что стороны в уголовном или

гражданском процессе вправе знакомиться со всеми доказательствами или замечаниями, приобщенными к делу»*. Аналогичная позиция высказана Европейским Судом по правам человека в решении по делу Руис-Матеоса (с. 25, п. 63); решении по делу Макмайл против Соединенного Королевства от 24 февраля 1995 г. (Серия А, т. 307-В, с. 53–54, п. 80); по делу Кероярви против Финляндии от 19 июля 1995 г. (Серия А, т. 326, с. 16, п. 42).

По мнению Европейского Суда по правам человека, «принцип равенства сторон — составной элемент более емкого понятия справедливого судебного разбирательства — требует, чтобы каждой из сторон была предоставлена разумная возможность представить свое дело в таких условиях, которые не ставят ее в существенно менее благоприятное положение в сравнении с оппонентом»**. Аналогичная позиция высказана Европейским Судом по правам человека в решении по делу Домбо Бехера от 27 октября 1993 г. (серия А, т. 274, с. 19, п. 33), в решении по делу Анкерл против Швейцарии от 23 октября 1996 г. (Reports, 1996-V, с. 1565–1566, п. 38) и других. Совершенно очевидно, что обжалуемые нормы УПК РФ этим условиям не отвечают, поскольку обеспечивают стороне обвинения явные преимущества при рассмотрении судом ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в результате непредоставления стороне защиты права знакомиться с материалами, представленными суду обвинением.

«Принцип состязательности означает, что стороны в уголовном или гражданском процессе вправе знакомиться со всеми доказательствами или замечаниями, приобщенными к делу...» (см. среди других источников *mutatis mutandis* дело Руис-Матеоса, с. 25, п. 63; решения по делу Макмайл против Соединенного Королевства от 24 февраля 1995 г. (Серия А, т. 307-В, с. 53–54, п. 80); по делу Кероярви против Финляндии от 19 июля 1995 г. (Серия А, т. 326, с. 16, п. 42).

Но что нам Древний Рим и все Европы! Запрет знакомить защиту с материалами, представленными обвинением в суд в обоснование необходимости ареста, исходил от Верховного Суда России, который в распространенных им ответах на вопросы о применении УПК РФ довел до всеобщего сведения, что защита такого права не имеет. Снова «демократический» УПК оказался тоталитарнее тоталитарного.

* Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. М.: Изд-во «Норма», Ин-т европейского права МГИМО (У) МИД РФ, COLPI, Совет Европы, INTERRIGHTS, 2000. Т. 2. С. 177.

** Там же. С. 59.

Понадобилось обратиться в Конституционный Суд Российской Федерации, который разъяснил, что отсутствие в УПК упоминания о праве защиты знакомиться с материалами, представляемыми в суд обвинением для обоснования необходимости ареста, не означает запрета знакомить защиту с этими материалами, а лишение обвиняемого и его защитника права на ознакомление с материалами, представленными обвинением в суд в обоснование ходатайства об аресте, противоречит Конституции Российской Федерации, в частности, конституционному принципу осуществления судопроизводства на началах состязательности (Определение Конституционного Суда РФ № 173-О от 12 мая 2003 г.).

После этого и Верховный Суд Российской Федерации изменил свою точку зрения на противоположную — на этот раз правильную. В п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 5 марта 2004 г. (больше года длилось прозрение — мудрость неспешна) указано, что «если при решении вопроса об избрании подозреваемому или обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу (ст. 108 УПК РФ) или о продлении срока содержания под стражей (ст. 109 УПК РФ) будет заявлено ходатайство об ознакомлении с материалами, на основании которых принимается решение, суду надлежит руководствоваться ст. 45 Конституции Российской Федерации, гарантирующей государственную защиту прав и свобод человека и гражданина. Исходя из этого суд не вправе отказать подозреваемому или обвиняемому, а также их защитникам в удовлетворении такого ходатайства, поскольку затрагиваются права и свободы лиц, в отношении которых решается вопрос об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу или о продлении срока содержания под стражей».

Спрашивается, что мешало раньше принять такое решение? Конституция Российской Федерации не изменялась, слава Богу, и вопрос ведь был ясен с самого начала.

Раньше в УПК тоже не было указано, что именно прокурор должен проверять при даче санкции на арест. Но были соответствующие ведомственные указания Генпрокурора, и была ответственность прокурора за необоснованную дачу санкции. Теперь же — какая ответственность у судьи? Еще по стародавним нашим привычкам могут судью вытащить на квалификационную коллегию за необоснованный, по мнению начальства, отказ арестовать, но вовсе не за необоснованный арест. Я не предлагаю возвратиться к старым порядкам. Мне только почему-то кажется, что в законе следовало предусмотреть обязанность суда отказывать следователю в ходатайстве об аресте при наличии обстоятельств, влекущих прекращение дела либо отказ в его воз-

буждении (ст. 24 УПК РФ). Ан нет этого в законе! И судьи (не все, конечно) спокойно отправляют людей под стражу за действия, которые ни в каком сне нельзя признать преступными, и при полном отсутствии доказательств того, что эти действия совершены обвиняемым.

В законодательном решении вопроса об аресте нас поджидает еще одна несуразность, связанная именно с тем, что содержание под стражей допускается только на основании судебного решения. По общему правилу исполнению подлежит судебное решение, вступившее в законную силу. Любое судебное решение может быть обжаловано в вышестоящий суд. Это порождает определенную разницу во времени между моментом вынесения судебного решения и моментом его вступления в законную силу, ибо момент вступления судебного решения в законную силу — это момент принятия вышестоящим судом решения об оставлении жалобы без удовлетворения (если, конечно, она отклонена). В случаях, когда исполнение решения не терпит отлагательства, в законе специально оговаривается, что решение подлежит немедленному исполнению. Есть такая оговорка и в ст. 108 УПК РФ, и это логично, поскольку решение суда об аресте должно исполняться сразу: ведь если арестован действительный убийца или насильник, выпускать его из тюрьмы до рассмотрения жалобы (что такое судебная волокита и как судами нарушаются сроки, рассказывать не надо) никак нельзя. Но вот в ст. 109 УПК РФ о продлении срока ареста такой оговорки о немедленном исполнении нет. Правда, в ч. 2 ст. 109 написано, что срок может быть продлен «в порядке, установленном ч. 3 ст. 108» Кодекса. Но оговорка о немедленном исполнении решения об аресте содержится не в ч. 3, а в ч. 8 ст. 108! Нет, на самом деле ни один здравомыслящий начальник следственного изолятора и ни один прокурор никого из-за этого из-под стражи не выпустит до тех пор, пока вышестоящий суд жалобы не рассмотрит и продление срока не утвердит. Это порождает их критическое отношение к закону, как к акту необязательному, в котором они сами вынуждены выбирать, какие статьи исполнять так, как они написаны, а какие — как их понимают сами правоприменители, потому что есть в законе такие нормы, по которым в буквальном их понимании жить нельзя. А вот этого допускать никак нельзя: закон должен исполняться буквально, иначе он будет заменен произволом правоприменителя, иначе мы жить будем не по закону, а по понятиям правоприменителей о законе. Выход простой: записать в ст. 109 УПК, что рассмотрение представлений о продлении срока содержания под стражей должно рассматриваться в порядке, установленном ч. 3 и 8 ст. 108. Или указать то же самое в соответствующей части самой ст. 109.

Прокурор

Глава 6 УПК РФ «Участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения» начинается со ст. 37, регулирующей роль прокурора в процессе. Не затрагивая объема процессуальных полномочий, попробуем определить, на кого Кодекс эти полномочия возлагает. Казалось бы, вопроса здесь нет и быть не должно — в ч. 6 ст. 37 читаем: «Полномочия прокурора, предусмотренные настоящей статьей, осуществляются прокурорами района, города, их заместителями, приравненными к ним прокурорами и вышестоящими прокурорами». Но вот незадача — в п. 31 ст. 5 УПК, определяющей основные понятия, используемые в Кодексе, записано нечто иное: «Прокурор — Генеральный прокурор Российской Федерации и подчиненные ему прокуроры, их заместители и иные должностные лица органов прокуратуры, участвующие в уголовном судопроизводстве и наделенные соответствующими полномочиями федеральным законом о прокуратуре». В соответствии с действующим Федеральным законом «О прокуратуре Российской Федерации» в органах прокуратуры состоят на службе не только прокуроры района, города, их заместители, приравненные к ним прокуроры и вышестоящие прокуроры, как это указано в ст. 37 УПК. Там есть и иные должностные лица (по-видимому, именно о них и идет речь в п. 31 ст. 5 УПК) — старшие помощники и помощники прокуроров всех уровней, начиная от Генерального и до прокурора района, начальники управлений и отделов, заместители этих начальников, старшие прокуроры и прокуроры управлений и отделов. Никакие полномочия этих «иных должностных лиц» в Федеральном законе «О прокуратуре Российской Федерации» не определены. Правда, УПК, касаясь поддержания государственного обвинения, упоминает должностных лиц органов прокуратуры и обходится уже без ссылки на Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации»: в соответствии с п. 6 ст. 5 УПК «государственный обвинитель — поддерживающее от имени государства обвинение в суде по уголовному делу должностное лицо органа прокуратуры».

Однако в ч. 4 ст. 37 УПК тоже речь идет о государственных обвинителях, и, если соблюдать положения ч. 6 этой статьи, полномочия прокурора по поддержанию государственного обвинения «осуществляются прокурорами района, города, их заместителями, приравненными к ним прокурорами и вышестоящими прокурорами».

Так кто же наделен процессуальными полномочиями в соответствии с УПК, как понимать разночтения в ст. 5 и 37? На практике фак-

тически процессуальные полномочия осуществляют все работники прокуратуры — и прокуроры в конституционном смысле (т.е. прокуроры районов, городов, субъектов Российской Федерации и к ним приравненные, Генеральный прокурор, заместители всех перечисленных прокуроров), и помощники прокуроров, и прокуроры управлений и отделов прокуратур разного уровня.

Разграничение полномочий между ними определяется устойчивейшей практикой — не только в законе их полномочия не определены, но и ведомственных инструкций, устанавливающих должностную компетенцию каждого, как это ни странно, не существует.

Очевидно, что ограничение, установленное в ст. 37 УПК РФ, не подкреплено ни законодательно, ни организационно. Во-первых, Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» от 17 января 1992 г. № 2202-1 в действующей редакции не содержит норм, наделяющих «иных должностных лиц органов прокуратуры», кроме непосредственно упомянутых в п. 31 ст. 5 УПК РФ, какими-либо полномочиями (более того, нет и ведомственных инструкций, определяющих должностные полномочия помощников прокуроров, прокуроров отделов и управлений прокуратур разного уровня). Во-вторых, строгое соблюдение требований закона о рассмотрении жалоб на действия и решения следователей, действия и решения нижестоящих прокуроров непосредственно прокурорами республик, краев, областей и их заместителями, тем более Генеральным прокурором и его заместителями, при нынешней структуре и штатной численности органов прокуратуры практически невозможно.

Независимо от того, что написано в законе, в прокуратуре считается, что процессуальные решения вправе принимать старшие помощники и помощники прокуроров, а также лица, действующие по непосредственному поручению руководителей соответствующих прокуратур. Прокуроры отделов и управлений прокуратур — лица, по своему статусу находящиеся ниже помощников (тем более, старших помощников). В соответствии с Федеральным законом «О прокуратуре Российской Федерации» старшими помощниками являются начальники управлений и отделов, а помощниками — заместители этих начальников.

Государственное обвинение в судах поддерживают (или отказываются от него, что бывает гораздо реже, чем следует) не только и не столько прокуроры и их заместители, сколько помощники прокуроров, прокуроры отделов и управлений, а другие полномочия, предусмотренные ст. 37 УПК, осуществляют, как правило, прокуроры и их заместители. Но бывает и иное. Так, по делу В., рас-

смотренному Ростовским областным судом по первой инстанции, заявление об отводе прокурора области, было рассмотрено и отклонено прокурором управления Генеральной прокуратуры. Суд, рассмотрев заявление защиты о проведении расследования по делу ненадлежащим органом, оставил это заявление без удовлетворения, указав, что отвод рассмотрен Генеральной прокуратурой. Согласился с такой позицией и Верховный Суд Российской Федерации, рассмотревший дело в кассационном порядке*.

Трудно спорить с Верховным Судом, однако хотелось бы достичь единообразного понимания нескольких простых вопросов:

- если УПК не упоминает такой процессуальной фигуры, как Генеральная прокуратура, значит ли это, что процессуальными полномочиями может пользоваться любой работник этого уважаемого учреждения?

- если в УПК имеется ссылка на федеральный закон, в котором, по мнению составителей УПК, должна быть определена компетенция сотрудников прокуратуры, но в этом федеральном законе такая компетенция не определена, может ли любой сотрудник прокуратуры совершать любые процессуальные действия и принимать любые процессуальные решения?

- следует ли закон понимать и трактовать буквально, или каждый из правоприменителей может исходить из своего собственного, удобного для него и отличного от других смысла?

Нелишне вспомнить, что в соответствии с п. 6 ст. 34 УПК РСФСР (аналог ст. 5 УПК РФ «Разъяснение некоторых наименований, содержащихся в настоящем Кодексе») «прокурор» — это «Генеральный прокурор СССР, Прокурор РСФСР, прокуроры автономных республик, краев, областей, прокуроры городов, действующие на правах прокуроров областей, прокуроры автономных областей, автономных округов, районные и городские прокуроры, военные, транспортные и другие прокуроры, приравненные к прокурорам областей, районным или городским прокурорам, их заместители и помощники, прокуроры отделов и управлений прокуратур, действующие в пределах своей компетенции».

Если по ст. 37 УПК РФ помощники прокуроров, прокуроры отделов и управлений прокуратур, участвующие в рассмотрении уголовных дел судами в качестве государственных обвинителей, оказались вне закона, то по УПК РСФСР эти должностные лица действовали по поручению соответствующих прокуроров — т.е. «в пределах своей компетенции». Но в отличие от прежнего УПК но-

* Архив Ростовского областного суда, дело № 2-226/01.

вый УПК РФ требует участия государственных обвинителей в рассмотрении каждого уголовного дела. Да где ж их столько взять? Даже если будут в этой работе участвовать дознаватели. Ведь помощники прокуроров, прокуроры отделов и управлений прокуратур, несущие основную тяжесть этой работы, выведены за пределы правового поля.

В досудебном производстве прокуроры не только дают согласие на возбуждение уголовного дела, на возбуждение перед судом ходатайств о принятии решений, составляющих исключительную прерогативу суда, разрешают отводы следователям, продлевают срок расследования, утверждают обвинительное заключение и выполняют иные функции, перечисленные в ч. 2 ст. 37 УПК РФ. Прокуроры еще рассматривают жалобы на решения и действия следователей, участвуют в рассмотрении судами жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ. В судебных заседаниях в этих случаях прокуроры районов и городов и их заместители участвуют крайне редко, а уж высшие прокуроры (вместе со своими заместителями) — и вовсе никогда. Кто-нибудь из составителей Кодекса попытался представить Генерального прокурора России, участвующего в заседании Тверского районного суда Москвы, рассматривающего жалобу на действия следователя по делу, расследуемому Генеральной прокуратурой? А ведь ст. 125 УПК не называет прокурора, участвующего в судебном заседании по рассмотрению жалобы, государственным обвинителем.

Подозреваемый

В соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 46 УПК РФ лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело, является подозреваемым. При этом никаких сроков, в течение которых органы предварительного следствия обязаны либо предъявить обвинение подозреваемому, либо прекратить в отношении него уголовное преследование, УПК РФ не предусматривает. В результате лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело, может оставаться подозреваемым в течение неопределенного времени. И практике такие случаи известны. Уже упоминавшееся уголовное дело о якобы совершенном врачами приговоре к убийству больного с целью изъятия у него почки было возбуждено 11 апреля 2003 г. в отношении двух врачей-трансплантологов, которые с этой минуты стали подозреваемыми. Обвинение им было предъявлено больше чем через год — 30 апреля 2004 г.

Процессуальный статус подозреваемого предусматривает возможность в отношении лица, являющегося таковым, применение мер пресечения и иных мер процессуального принуждения и причиняет ему нравственные страдания, вызванные как подозрением его в совершении преступления, так и неопределенностью его процессуального положения.

Как указано в Определении Конституционного Суда Российской Федерации № 173-О от 12 мая 2003 г., в конституционно-правовом смысле процессуальная фигура подозреваемого должна рассматриваться с тех же позиций, что и процессуальная фигура обвиняемого. По этим основаниям на подозреваемого распространяется предусмотренное п. «а» ч. 3 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. право каждого обвиняемого в совершении уголовного преступления быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявленного ему обвинения.

Постановление о возбуждении уголовного дела является единственным документом, в котором излагается суть возникшего в отношении лица подозрения. В соответствии с ч. 2 ст. 146 УПК РФ в постановлении о возбуждении уголовного дела указываются дата, время и место его вынесения; кем оно вынесено, повод и основание для возбуждения уголовного дела, пункт, часть, статья Уголовного кодекса Российской Федерации, на основании которых возбуждается уголовное дело. Статья 146 УПК РФ не содержит требований о включении в текст постановления о возбуждении

уголовного дела подробного описания деяния, в совершении которого подозревается лицо. Не предусматривают указания в постановлении о возбуждении уголовного дела подробного описания деяния, по поводу которого возбуждается дело, и приложения 12–16 к ст. 476 УПК РФ (бланки постановлений о возбуждении уголовного дела различных модификаций). Нормы, регулирующие порядок объявления подозреваемому, в чем он подозревается, во-первых, по объему сообщаемых подозреваемому сведений значительно отличаются от норм, реализующих право обвиняемого знать, в чем он обвиняется, и, во-вторых, не предусматривают срока, в течение которого с момента признания лица подозреваемым ему должно быть предъявлено обвинение, если в отношении этого лица мера пресечения не избиралась.

Отсутствие достаточно четко сформулированного обвинения существенно ограничивает право подозреваемого на защиту, поскольку фактически лишает его возможности возражать против обвинения, приводить доказательства своей невиновности.

Частью 1 ст. 17 Конституции Российской Федерации установлено, что «в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права». Возможность «бессрочного» нахождения в статусе подозреваемого противоречит п. «а» ч. 3 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 04 ноября 1950 г.) и, следовательно, не соответствует Конституции Российской Федерации — ее ст. 15 (ч. 4) и 17 (ч. 1).

Вообще подозреваемый как процессуальная фигура нужен в процессе для того, чтобы лицо, в отношении которого возникло подозрение в совершении преступления, получило возможность защищаться от этого подозрения. В практике следственных органов нередко расследование велось фактически в отношении конкретного лица, но обвинение ему не предъявлялось до окончания расследования, и все это время оно числилось свидетелем. Свидетель, как известно, фигура почти бесправная — по крайней мере, правами, необходимыми для полноценной защиты, он не наделен. А когда человеку объявляют об окончании расследования, воспользоваться правами часто бывает уже поздно: проси, не проси приобщить к делу какие-либо предметы или документы, а их уж нет — утрачены. Чтобы избежать таких ситуаций, и появилась в процессе фигура подозреваемого. Лучше стало не намного. Порочную практику ведения следствия без предъявления обвинения этим, к сожалению, существенно ограничить не удалось. Подозре-

ваемый от свидетеля отличается — у него есть определенные права. Но в отношении него могут быть применены меры процессуального принуждения. А «незамедлительно и подробно» о выдвигаемом против него обвинении его так и не уведомляют. Получился такой усеченный обвиняемый. Может быть, имеет смысл отказаться от фигуры подозреваемого вообще? Не стоит ли предъявлять обвинение сразу?

Множественность следственных аппаратов

В соответствии со ст. 151 УПК РФ правом производства предварительного следствия наделены четыре ведомства: прокуратура, Федеральная служба безопасности, органы внутренних дел и органы по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ. Для этого в каждом из упомянутых ведомств образованы соответствующие следственные аппараты. Те же ведомства (за исключением прокуратуры) плюс еще три — служба судебных приставов Министерства юстиции, таможенные органы и Государственная противопожарная служба — наделены правом производства дознания. До 30 июня 2003 г. следствием занималась еще и Федеральная служба налоговой полиции, но, будучи упразднена и передав свои материальные и кадровые ресурсы Наркоконтролю, «по наследству» передала ему и следствие.

В последние годы много (и, нередко, справедливо) критиковали прокуратуру — за низкое качество следствия и не менее низкий уровень надзора за следствием. Не без оснований утверждалось, что, расследуя уголовные дела и, одновременно, осуществляя надзор за законностью расследования, прокурор фактически надзирает сам за собой. С этим трудно спорить. Превращение прокуратуры в «орган уголовного преследования» (кто бы объяснил, что под этим имеется в виду) и, соответственно, забвение необходимости строжайшего соблюдения прав привлекаемых к ответственности лиц неминуемо повлекло катастрофическое снижение уровня надзора за следствием. За примерами далеко ходить не надо — здесь и досмотр адвокатов при посещениях ими подзащитных в следственных изоляторах, и отказ в предоставлении свиданий с тем адвокатом, которого избрал сам обвиняемый, и изъятие документов чуть ли не по весу в полной убежденности, что перечислять эти документы в протоколе нет надобности, и предъявление обвинения по отмененному уголовному закону на том основании, что якобы «взгляд государства на проблему не изменился» (понять бы, откуда это известно прокурорам и следователям, коли закон изменен?) при полном забвении положений об обратной силе уголовного закона, и арест людей, и не помышлявших скрыться от суда и следствия. Да мало ли еще можно примеров привести — по каждому уголовному делу обнаруживаются грубейшие нарушения, на которые никто не желает реагировать. Вот оно, на деле разделение процессуальных функций с запретом объединять их в одном органе или одном должностном

лице; вот оно, упразднение обязанности следователя и прокурора, которые теперь почти что в одном лице, отыскивать доказательства не только изобличающие, но и оправдывающие!

Однако же симбиоз следствия и оперативно-розыскных органов не лучше. Для забывчивых напомню: среди мер, направленных на ликвидацию культа личности и его последствий, в 50-е гг. едва ли не самой первой была ликвидация следственного аппарата МВД. Наличие следователей в ведомствах, отвечающих за борьбу с преступностью (читай: за раскрытие преступлений), приводит к массовым нарушениям законности при расследовании уголовных дел. Следователь, от которого во многом зависит основной показатель работы спецслужб — раскрываемость, в свою очередь, зависит от руководства ведомства (предоставление служебных помещений и транспорта, предоставление жилья, присвоение очередных званий, распределение социальных благ и т.п.). Попытки сделать следственный аппарат независимым от оперативно-розыскных ведомств, оставляя его в этих ведомствах (к примеру, Следственный комитет при МВД РФ), заведомо неэффективны. В спецслужбах следствие никогда не было любимым ребенком — на первом месте здесь борьба с преступностью (читай: розыск преступников и пресечение преступлений), а не забота о соблюдении законов при расследовании.

Напрашивается простое решение — следователи не должны быть ни в прокуратуре, ни при МВД, ни вообще при ком-нибудь. Следователи должны существовать в самостоятельном ведомстве — следственном комитете, следственном управлении, следственной службе, дело не в названии. Вопрос о создании самостоятельного следственного ведомства ставится так же давно, как подвергается критике наличие следственного аппарата в прокуратуре. Соответствующий законопроект был подготовлен еще для внесения в Верховный Совет РФ. Но нет уж Верховного Совета, и законопроект, к сожалению, сгинул вместе с ним. Однако идеи не умирают: в 2003 г. в Думу предыдущего созыва был внесен законопроект о создании единой Федеральной службы расследований. В одном «пакете» с этим законопроектом внесены законопроекты об одновременном упразднении следственных аппаратов во всех ведомствах, в которых они сейчас существуют. Пока законопроект пылился на думских полках, упразднили ФСНП вместе со следственным аппаратом, создали Наркоконтроль, которому придали следователей. Законопроект об упразднении следственных подразделений ФСНП уже, естественно, не актуален. Нужен другой — об упразднении следственных подразделений уже в Наркоконтроле. Сколько таких замен еще может произойти, Бог знает. Какого-либо ускорения законодательной работы в Думе не наблюдается.

Механизм исправления судебных ошибок

Судебные ошибки были, есть и, по-видимому, будут. Приговор — ло рук человеческих, а людям, увы, свойственно ошибаться. Добиться того, чтобы судебных ошибок не было вовсе, — задача такая же несбыточная, как полное искоренение преступности. Совсем избавиться от них невозможно. Свести же к минимуму можно и, конечно же, нужно. Для этого, собственно, и существует процессуальный закон. Беда только, что закон не всегда исполняется. Но если уж законодательные гарантии не сработали, если ошибка допущена, то на это существует кассация (а с появлением у нас мировых судей — и апелляция), а также надзорный порядок пересмотра уголовных дел.

Нормы Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации о надзорном пересмотре приговоров по уголовным делам вступили в силу с 1 января 2003 г. С этого момента можно, по-видимому, считать завершеным формирование предусмотренного новым УПК механизма исправления судебных ошибок.

Основная тяжесть работы по исправлению судебных ошибок лежит на судах кассационной инстанции. К сожалению, печальная практика свидетельствует о крайне низкой эффективности института кассации в уголовном процессе. Общее впечатление всех, кто сталкивался с проблемой (исключая, к сожалению, самих судебных деятелей), состоит в том, что суды кассационной инстанции задачу свою выполняют далеко не всегда — и это еще очень мягко сказано. Приговоры в кассационном порядке отменяются и изменяются гораздо реже, чем они этого заслуживают. При этом кассационные коллегии почти никогда в кассационных определениях не отвечают на доводы кассационных жалоб. Правоту этого утверждения проверить просто, достаточно сравнить кассационные жалобы с кассационными определениями. Эта явно незаконная практика фактически упраздняет право на кассационное обжалование как таковое: смысл кассации ведь и состоит в рассмотрении вышестоящим судом жалобы на не вступившие в законную силу приговоры. Очевидно, что рассмотреть жалобу, не ответив на содержащиеся в ней доводы, невозможно.

Не буду голословным. В кассационной жалобе на приговор Останкинского районного суда Москвы по делу Зиновьевой утверждалось, что действия, в которых признана виновной осужденная,

не образуют состава преступления. Рассмотревшая дело в кассационном порядке судебная коллегия по уголовным делам Московского городского суда указала в кассационном определении, что вина подсудимой в инкриминированных ей действиях доказана. А почему коллегия не согласилась с кассационной жалобой и сочла эти действия преступными, в определении не сказано.

По делу осужденного Ростовским областным судом Воскресова в кассационной жалобе указывалось на множество процессуальных нарушений, в т.ч. и на то, что согласно заявлениям граждан руководитель следственной группы во время процесса встречался со старшиной присяжных. Мало того, что это заявление Верховным Судом было направлено в областной суд, вынесший приговор, а областным судом проверка была поручена (кому же еще!) расследовавшей дело областной прокуратуре — производил проверку следователь, работающий в отделе, который возглавляет этот самый руководитель следственной группы. В жалобе утверждалось также о неправильном применении уголовного закона. В кассационном определении судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации эти, как и многие другие, доводы обойдены молчанием.

По делу Клименто было обжаловано в кассационном порядке постановление судьи Зеленоградского районного суда Москвы об аресте. В жалобе указано, что в нарушение закона как на основании для ареста в обжалуемом постановлении судья сослался только на тяжесть преступления, за которое может быть назначено наказание в виде двух лет лишения свободы. В ответ в кассационном определении просто повторен тот же довод судьи. Кажется, что судьям — как районного, так и городского суда — неизвестно содержание соответствующих статей УПК РФ, не позволяющих брать под стражу человека только на основании тяжести инкриминированных ему действий. И очевидно, что доводы жалобы судебной коллегией откровенно проигнорированы.

Подобных примеров можно привести множество, каждый адвокат сталкивается с этим чуть ли не ежедневно.

Думается, что одной из причин такого отношения судей к кассационным жалобам являются не самые удачные формулировки закона. Как это ни странно, УПК РФ не требует от судей включать в текст определения ответы на доводы кассационной жалобы. Такая практика, поддержанная законодателем, противоречит здравому смыслу и международным стандартам. Как указано в решениях Европейского Суда по правам человека по делу Руис Ториха против Испании (Series A, № 303-A, 1994) и по делу Хиро Балани

против Испании (Series A, № 303-B, 1994), нерассмотрение судом доводов жалобы нарушает право на справедливое судебное разбирательство, предусмотренное п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, поскольку квалификация этих доводов как достаточно обоснованных могла бы привести к иному решению по делу.

Не спасает ситуацию требование закона о том, что каждое процессуальное решение суда должно быть мотивированным. Часть 4 ст. 7 УПК РФ, провозгласившая обязанность суда мотивировать определения, не раскрывает этого понятия. Расчет законодателя на должный уровень правосознания судей наивен и неверен по существу: не грамотность судьи должна служить гарантией от несовершенства закона, а, наоборот, точные формулировки закона должны быть гарантией от неграмотности судей. Приведение мотивов принятого по жалобе решения и приведение мотивов, по которым доводы жалобы признаны несостоятельными, — это вовсе не одно и то же. Даже не прочитав жалобы, проверяющий дело судья, считая его разрешенным правильно, принимает решение об отказе в удовлетворении жалобы, указав, почему он счел приговор законным. Обычно суд кассационной инстанции указывает в определении: «Нарушений процессуального и материального закона, влекущих отмену приговора, судом не допущено», к этому и сводится мотивировка принятого решения. Очевидно, однако, что назвать это рассмотрением доводов жалобы было бы большой натяжкой.

Как было указано выше, в ранее действовавшем УПК РСФСР была норма, обязывавшая суд кассационной инстанции при оставлении без удовлетворения жалобы или протеста указывать основания, по которым доводы жалобы или протеста признаны неправильными или несущественными (ч. 2 ст. 351 УПК РСФСР). Нет сомнения в том, что старая формулировка полнее и лучше обеспечивала права участников процесса в кассационной инстанции.

Но норма была, а суды кассационной инстанции работали немногим лучше, чем сегодня, и распространенное в среде адвокатской (а также и в прокурорской — могу судить об этом как бывший прокурор) именование кассационной инстанции «штамповочной»* родилось не сейчас. Так что не только неудачными законодательными формулировками объясняется бездействие кассационных коллегий. По нынешнему УПК суды кассационной инстан-

* В 70-х гг. теперь уже прошлого века ко мне в здании Ростовского областного суда обратилась старушка с вопросом: «Сынок, где здесь затвердительная коллегия заседает?» Вот уж поистине: глас народа — глас Божий.

ции обязаны оглашать определение полностью, а оглашают (даже Верховный Суд России), как и раньше, только резолютивную часть. Почему? Ответ прост: ввиду ужасающей загруженности. Если на одно кассационное заседание одного только кассационного состава в Московском городском, например, суде приходится в среднем около 50 (пятидесяти!) уголовных дел, очевидно, что эти трое судей не в состоянии просто огласить (даже если сами тексты были написаны в нарушение всех законов заранее) определения по всей этой полусотне дел. Безусловно, они не могут внимательно выслушать сотню судебных ораторов — как минимум, по одному с каждой стороны. А ведь кроме прокуроров и защитников есть еще и потерпевшие, и гражданские истцы, и гражданские ответчики, которые нередко используют свое право на участие в кассационном рассмотрении дела и тоже выступают в кассационных заседаниях. Судьи не в состоянии уловить высказанные доводы, вникнуть в них и осмыслить должным образом.

Однако ссылки на перегрузку не всегда продуктивны. Нельзя забывать и о том, что, не отвечая на доводы жалобы, т.е. не разрешая жалобу по существу, суд кассационной инстанции тем самым порождает новые жалобы — теперь уже надзорные. А это вызывает дополнительную нагрузку не только адвокатов, но и судов.

Судебные ошибки, не исправленные в кассации, должны быть исправлены в надзорном порядке. Невооруженным глазом видно, однако, что права граждан на самом деле оказались защищены не лучше, чем в период действия старого УПК, а в чем-то даже и хуже. Возможно, и лучше, что предварительное рассмотрение надзорных жалоб должно быть возложено на судей соответствующих судов. Раньше жалобу фактически предварительно рассматривал консультант суда, а председатели соответствующих судов только подписывали (причем первичный ответ на жалобу, поданную на имя председателя областного или к нему приравненного суда, подписывал, как правило, заместитель председателя суда — лицо, не имевшее права приносить надзорные протесты и, следовательно, не имевшее права принимать решение об отказе в принесении протеста). Однако и сегодня, по-видимому, происходит то же самое: трудно поверить, что судьи (тем более — председатели судов и их заместители) сами стали изучать дела.

К очевидным ухудшениям порядка надзорного обжалования приговоров и определений судов по уголовным делам следует отнести упразднение личного приема надзорных жалоб судьями и руководителями соответствующего суда. Это лишило жалобщиков возможности изложить свои доводы более подробно судье, на ко-

того возложено предварительное рассмотрение жалобы — при том, что не всякий жалобщик в состоянии грамотно составить надзорную жалобу и далеко не каждый в состоянии воспользоваться услугами адвоката (тем более что возможность участия адвоката в надзорной инстанции по назначению либо бесплатно более чем сомнительна).

Уже сейчас обнаружилась ужасающая волокита при рассмотрении надзорных жалоб. Нельзя отрицать целесообразность указания в законе срока, в течение которого должна быть рассмотрена надзорная жалоба (ч. 1 ст. 406 УПК РФ). Однако срок этот слишком часто не соблюдается. Средний срок рассмотрения надзорных жалоб адвокатов по многочисленным наблюдениям составляет не менее трех месяцев, т.е. втрое больше максимального, установленного законом. Справедливости ради надо отметить, что сроки рассмотрения прокурорских представлений не меньше.

В силу ч. 3 ст. 408 УПК РФ определения (постановления), выносимые в судах надзорной инстанции, по своему содержанию должны соответствовать требованиям, предъявляемым к кассационным определениям, т.е. и при рассмотрении надзорных жалоб также не обязательно рассматривать доводы жалоб!

В соответствии со ст. 406 УПК РФ судья, рассматривающий надзорную жалобу, «выносит одно из следующих постановлений:

1) об отказе в удовлетворении надзорных жалобы или представления;
2) о возбуждении надзорного производства и передаче надзорных жалобы или представления на рассмотрение суда надзорной инстанции вместе с уголовным делом, если оно было истребовано».

Казалось бы, просто, но это как раз та простота, которая хуже воровства.

Было бы логично, если бы полномочия судьи в этих случаях ограничивались рассмотрением вопроса о формальной приемлемости жалобы. Отказ в передаче на рассмотрение суда надзорной инстанции неприемлемой жалобы правомерен. Но закон наделяет судью правом рассматривать жалобу по существу, не наделяя его при этом обязанностью ответить на доводы жалобы! При этом процедура рассмотрения жалобы или представления судьей в УПК не прописана вовсе. Поскольку судья в этих случаях рассматривает жалобу по существу (тем более, если он отказывает в удовлетворении жалобы, истребовав и изучив перед этим уголовное дело), фактически он выполняет функции суда надзорной инстанции. Такова, по крайней мере, позиция Верховного Суда Российской Федерации: если в отмене постановления судьи Верховного Суда председателем либо заместителем председателя Верховного Суда

отказано, то повторные жалобы (равно как и представления Генерального прокурора) не рассматриваются, т.к. согласно ч. 1 ст. 412 УПК РФ «внесение повторных надзорных жалоб или представлений в суд надзорной инстанции, ранее оставивший их без удовлетворения, не допускается». Таким образом, судья и председатель суда в совокупности рассматриваются как суд надзорной инстанции. Но, если это так, то они и действовать должны в соответствии с судебной процедурой — рассматривать жалобу (представление) с участием сторон, не только бумагу прочитав, но и выслушав доводы жалобщика и прокурора, с предоставлением сторонам возможности заявлять ходатайства и отводы. Фактически же судья действует так же, как раньше действовал консультант суда, с той только разницей, что консультант ответов не подписывал и не составлял постановлений. Судья же выносит постановления и подписывает их сам. Постановления, как показала практика, от прежних «отказных» писем по своей обоснованности отличаются даже в худшую сторону — судьи проявляют крайнюю скупость в приведении мотивов принятого решения. Более того, оказалось, что эти постановления нередко выносят судьи, принимавшие участие в кассационном рассмотрении дела (причем в качестве судьи-докладчика). Казалось бы, это запрещено законом: «Судья, принимавший участие в рассмотрении уголовного дела в суде второй инстанции, не может участвовать в рассмотрении этого уголовного дела в суде первой инстанции или в порядке надзора» (ч. 2 ст. 63 УПК РФ). Однако в соответствии со ст. 406 УПК РФ судья рассматривает не дело — он рассматривает жалобу (представление). Видимо, на этом основана такая явно нелепая практика. По существу, судья в этих случаях рассматривает жалобу на самого себя!

Печальный рекорд такого, с позволения сказать, «рассмотрения» надзорных жалоб поставлен Верховным Судом Российской Федерации по уже упоминавшемуся делу Воскресова: постановление об отказе в удовлетворении жалобы вынесено судьей, который входил в состав кассационной коллегии, рассматривавшей дело (причем дело было рассмотрено коллегией по его докладу). Единственным основанием отказа в постановлении было утверждение, что все (!) доводы жалобы якобы уже были рассмотрены Верховным Судом в кассационном заседании и признаны несостоятельными. Упущено из виду, что в жалобе были доводы о нарушениях закона самой кассационной коллегией — уж эти доводы предвосхитить и рассмотреть кассационная коллегия никак не могла!

Указание в законе о направлении жалобы на рассмотрение суда надзорной инстанции «вместе с уголовным делом, если оно бы-

ло истребовано», вызывает некоторое недоумение. Формулировка п. 2 ч. 3 ст. 408 УПК РФ такова, что она допускает направление надзорной жалобы на рассмотрение суда надзорной инстанции и без уголовного дела: уголовное дело направляется вместе с жалобой только в тех случаях, когда оно было истребовано. А если дело истребовано не было? Кто-нибудь может объяснить, каким образом суд надзорной инстанции в состоянии будет рассматривать надзорную жалобу без уголовного дела?

Далее. В соответствии с ч. 4 ст. 406 УПК РФ «председатель верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа, председатель Верховного Суда Российской Федерации либо его заместитель вправе не согласиться с решением судьи об отказе в удовлетворении надзорных жалобы или представления. В этом случае он отменяет такое решение и выносит постановление, предусмотренное п. 2 ч. 3 настоящей статьи».

Вынесение постановления председателем либо заместителем председателя суда предусмотрено только в случаях отмены постановления судьи. А как должно оформляться решение председателя суда об отказе в отмене постановления судьи? На практике поступают так же, как и во времена УПК РСФСР, — пишут «отказные» письма. Думается, что и в этих случаях лучше было бы, если бы председатели и заместители председателей соответствующих судов выносили постановления. Постановление — документ процессуально более определенный, его легче оспаривать (если в этом возникает необходимость). Если все-таки постановление судьи незаконно и необоснованно, а председатель областного (краевого) суда, Верховного Суда республики не нашел оснований для его отмены, то, по-видимому, это может сделать председатель Верховного Суда России или его заместитель. По крайней мере, закон этого не запрещает. Но что в таком случае обжалуется в надзорной жалобе? Приговор? Постановление судьи об отказе в удовлетворении надзорной жалобы? Отказ председателя нижестоящего суда это постановление отменить? Сотрудники приемной Верховного Суда Российской Федерации (далее просителей и не пускают) на основе, видимо, каких-то обобщений практики приема жалоб разъясняют, что в жалобе на имя председателя Верховного Суда (его заместителя) следует ставить вопрос об отмене или изменении незаконного судебного акта. Но позвольте, ведь председатель сам ничего отменить и изменить не может, кроме «отказного» постановления судьи! Значит, об этом и просить в жалобе? Но если дело попадет в суд надзорной инстанции, то в жалобе должен

быть поставлен вопрос и об отмене (изменении) судебного акта. Можно было бы к жалобе на имя председателя суда прилагать первоначальную надзорную жалобу, адресованную в суд надзорной инстанции. Но она уже рассмотрена, в ее удовлетворении отказано, и она осталась в делах того суда, где ее рассмотрели первый раз.

Вопрос не технический — от его правильного решения зависит эффективность рассмотрения надзорных жалоб. Видимо, необходимо внесение изменений и дополнений в УПК и уточнение ведомственных приказов, положений и инструкций (если таковые есть).

В УПК РФ впервые в отечественной практике включены типовые формы процессуальных актов — как приложения к ст. 476 и 477, причем в обоих случаях эти приложения называются перечнем бланков процессуальных документов. Название неточное, на самом деле в обеих статьях содержатся не перечни бланков (т.е. списки наименований), а типовые их формы.

История вопроса такова. В редакцию проекта УПК РФ, представленную ко второму чтению, были включены в качестве «приложения» (не к статьям, а ко всему УПК) типовые формы процессуальных актов. На первом чтении это «приложение» не обсуждалось, т.к. оно было включено в законопроект позднее. Полный набор образцов процессуальных документов фактически представляет собой «параллельный» УПК. Принятие этих образцов законодателем в качестве приложения к УПК придавало им силу закона. Дознаватели, следователи, прокуроры и судьи обязывались ни на одну букву не отступать от этих типовых форм. Любое отступление — нарушение закона. Фактически исключалась возможность написания документов от руки, использование бланков предлагалось сделать обязательным. В противном случае следователь вынужден запоминать все эти формы (а их для досудебного производства предусмотрено 169!) наизусть, ибо не исключены ситуации, когда бланков у следователя почему-либо не окажется, и ему (как это нередко бывает) придется составлять постановление или протокол от руки.

Представленное ко второму чтению «приложение» изобиловало множеством очевидных ошибок, самые одиозные из которых (вплоть до ссылок на статьи УПК РСФСР) были устранены буквально накануне второго чтения. Выправленная редакция «приложения» была роздана в пятницу и понедельник (слушания были во вторник 20 июня). Из-за этого своевременно «приложение» не было прочитано почти никем. Положение к третьему чтению изменилось мало, из-за чего последующими федеральными законами в «приложения» пришлось вносить исправления. Увы, исправлены далеко не все недостатки. Некоторые формы бланков (так, по-видимому, точнее, ибо бланк — это «лист со специально напечатанными графами»^{*}, а в Кодекс включены типовые формы бланков)

^{*} См.: Ожегов С.И. и Шведов Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М.: Ин-то русского языка им. В.В. Виноградова РАН, 2001. 4-е изд., доп. С. 50.

содержат существенные неточности, их текст нередко противоречит тексту статей УПК РФ, определяющих порядок совершения процессуальных действий, которые должны быть зафиксированы соответствующим протоколом.

Не будем голословными.

Типовые формы «поручений о производстве отдельных следственных действий (оперативно-розыскных мероприятий)» (приложения № 45 и 46 к ст. 476) содержат формулировку, которая противоречит всем основным принципам процесса: в подстрочном указании следователю предлагается в резолютивной части документа указать, что именно надо установить («Указывается, что конкретно необходимо установить...») — т.е. предрешается результат тех действий или мероприятий, которые следователь поручает произвести. Следователи могли бы понимать эту формулировку в соответствии с основными принципами процесса: «Прошу установить, появлялся ли гр-н NN в таком-то месте или нет», «Прошу установить время прибытия гр-на NN в такой-то город» и т.д. Но не менее вероятно, что формулировки окажутся иными: «Прошу установить виновность NN в совершении указанного преступления». Подтверждением этому служит сегодняшняя практика: нередко следователи сегодня поручения органам дознания именно так и формулируют: «Прошу установить доказательства виновности NN в совершении указанного преступления». Закон, однако, должен быть составлен в формулировках, которые исключают неверные толкования, и уж никак не должен легализовать неправильную практику.

Формулировка протоколов опознания (приложения № 64–68 к ст. 476) свидетельствует, что авторы проекта УПК рассматривают следователя не как лицо, чья задача — установить истину (ибо обвинительные выводы должны быть только истинными), а как лицо, лишь ищущее подтверждение своим априорным предположениям: в «приложениях» не предусмотрена запись о том, что лицо не опознало того человека (или предмет), который был ему предъявлен. В протоколах опознания зачем-то после описания того, кого именно (или что именно) из предъявленных ему людей (или предметов) лицо опознало, предусмотрена графа «Результат опознания» — как будто уже описанный в протоколе факт опознания не является результатом этого действия. Причем под результатом опознания предлагается понимать только фамилию, имя и отчество опознанного.

В типовых формах протоколов следственного эксперимента (приложение № 107 к ст. 476) и проверки показаний на месте (при-

ложение № 108 к ст. 476) предусмотрено только описание результатов этих следственных действий («Следственным экспериментом установлено...» и «Проверкой показаний на месте установлено...»), но в нарушение п. 4 ст. 166 УПК РФ не предусмотрена запись хода проверки (в т.ч., как ни странно, показаний лица, чьи показания таким образом проверяются). Этим искажается суть протокола как процессуального документа, фиксирующего ход следственного действия, а не оценку его результатов следователем.

Во всех типовых формах постановлений о назначении судебных экспертиз (приложения № 1117–1120 к ст. 476) использована неудачная формулировка, противоречащая сложившимся языковым традициям: «Постановление о назначении _____ судебной экспертизы», «назначить _____ судебную экспертизу». Каждый раз наименование экспертизы надо вписывать перед словом «судебную», разночтения не предусмотрены. Между тем в практике (в т.ч. экспертной) и теории (в т.ч. и в экспертологии) сложилось иное написание, причем нередко само наименование вида экспертизы уже содержит упоминание о ее судебном предназначении (судебно-медицинская, судебно-психиатрическая и т.д.). Не странно ли будет выглядеть словосочетание «судебно-медицинская судебная экспертиза»?

В типовой форме постановления судьи о приостановлении уголовного дела (приложение № 18 к ст. 477) предусмотрен только один вариант решения вопроса о мере пресечения — арест. И это несмотря на то что приостановление возможно не только потому, что подсудимый скрылся. А если дело приостанавливается из-за болезни подсудимого?

Этот перечень недостатков «приложения» и содержащихся в нем ошибок далеко не исчерпывающий. По-видимому, необходимо еще не один раз выверить «приложение» — ошибки в этом «параллельном УПК» определяют грубые нарушения закона в практике предварительного расследования и судебного рассмотрения уголовных дел. Попытка создать полный набор процессуальных документов явно не удалась. «Приложения», по-видимому, должны были стать дополнительным средством обеспечения законности в судопроизводстве. В первоначальном их варианте «приложения» были обязательны в том виде, в котором они были включены в Кодекс. «Шаг вправо, шаг влево — считается побег». Расчет, по-видимому, был на то, что жесткие требования к форме процессуальных документов даже юридически неграмотного следователя, если он хотя бы умеет читать, вынудят соблюдать закон — форма обяжет.

Отсутствие типовых форм некоторых процессуальных действий и решений (решений суда об отказе в выдаче разрешения на арест или согласия на производство обыска, например) привело к тому, что в Кодексе появились ст. 474 и 475, допускающие отклонения от типовых форм. Трудно, видимо, объять необъятное. Это подтверждает правильность того простого соображения, что законодательно принимать набор типовых форм процессуальных документов не следует. Никаких оснований для включения типовых форм в закон нет. В законе должны быть предусмотрены основные реквизиты процессуальных актов — и не более. На самом деле «приложения» канонизируют ошибки их составителей.

Заключение. Почему так получилось?

Примеры неудачных (только ли неудачных?) норм УПК РФ на этом не заканчиваются. Увы! Этот мартиролог справедливости и законности можно продолжать долго.

Сколько копий было сломано, например, по вопросу о сроках содержания под стражей! Сколько сражений разгоралось вокруг вопроса о том, как долго обвиняемого можно держать под стражей во время ознакомления его с материалами дела! Авторы нового УПК поступили просто: в новом УПК вообще не установлено ограничений времени содержания обвиняемого под стражей при ознакомлении его с материалами дела по окончании расследования.

Авторам удалось сделать так, что даже вещи, которым, казалось бы, можно и порадоваться, вызывают отторжение. В УПК появилась глава об упрощенной процедуре. Упрощенная процедура состоит в исключении из процесса стадии судебного разбирательства (точнее — судебного следствия, ибо разбирательство, хотя и в усеченном виде, все-таки остается), если обвиняемый в преступлении, за которое может быть назначено наказание вплоть до десяти лет лишения свободы, признает себя виновным и ходатайствует о назначении ему наказания без проведения судебного разбирательства. Приговор выносится судьей единолично. Повторности теперь нет. Если человек обвиняется в нескольких преступлениях, наказание за каждое из них назначается отдельно, после чего наказания суммируются. При этом окончательно назначенное по совокупности наказание не может превышать более чем наполовину максимальный срок или размер наказания, предусмотренного за наиболее тяжкое из совершенных преступлений (ст. 69 УК РФ). Так, кража, совершенная несколько раз, все равно квалифицируется по ч. 1 ст. 158 (предусматривающей лишение свободы до 2 лет), а суммировать эти 2 года можно потом по совокупности в пределах трех лет — сколько можно «повесить» на признавшегося нераскрытых краж! Приговор, вынесенный в порядке упрощенного судопроизводства, не может быть обжалован и отменен по мотивам несоответствия выводов суда фактическим обстоятельствам дела.

Гарантии обоснованности осуждения в этих случаях представляются недостаточными. Из печальной российской (и советской)

практики известны дела, когда подсудимые признавались в тягчайших преступлениях, не боясь грозящей им смертной казни (можно себе представить, каким образом были получены эти признания!), а впоследствии приговоры были отменены и осужденные реабилитированы (в т.ч. посмертно, ибо по приговору таки были расстреляны: известное на весь СССР «Белорусское дело»; дело Кравченко, расстрелянного за убийство, совершенное небезызвестным Чикатило, и др.). Лишение свободы на несколько лет представляет гораздо меньшую угрозу для человека, нежели тот прессинг, которому он подвергается на предварительном следствии (если уж смертной казни люди не боялись!). Необходимо было дополнительное изучение проблемы и разработка дополнительных гарантий от необоснованных осуждений. В противном случае эта мера экономии сил и средств органов дознания, следствия и суда может вызвать обвал «самопризнаний», массовое «раскрытие» давно не раскрытых преступлений.

Здесь перечислены далеко не все «достижения» наших законоворцев — все перечислить места не хватит.

Продолжать можно бесконечно: здесь и такие «перлы», как возможность производить осмотр без понятых (в труднодоступной местности и в ситуациях, связанных с опасностью для жизни; надо ли объяснять, что эта норма будет применяться всякий раз, когда следователям либо дознавателям понадобится фальсифицировать результаты осмотра — любая местность превратится в труднодоступную, исчезнут все средства сообщения и появятся опасности для жизни); возможность предъявления на опознание трех людей, лишь «по возможности» сходных внешне (кому непонятно, что дознаватели и следователи почти всегда усмотрят невозможность найти для опознания сходных по внешности людей?); дан новый импульс возбуждению дела не по факту совершения преступления, а «в отношении лица» — для тех, кто не помнит: еще в период борьбы с нарушениями законности в середине 50-х гг. (период борьбы с культом личности Сталина и его последствиями) возбуждение уголовных дел «в отношении лица» было признано одним из процессуальных условий беззакония. Дело должно возбуждаться «по факту», а не «против личности». Сохранение возможности возбуждения дела «в отношении лица» — это попытка реанимировать принцип «был бы человек, а статья найдется».

Но остановим бег пера — объять необъятное нельзя, да и вряд ли нужно. И из сказанного ясно, что такое этот «новый» УПК. Как сказал один из героев известного фильма: «Какая гадость эта ваша заливная рыба».

Почему же из-под пера законотворцев выходят такие законы? Ответ на этот вопрос можно получить, читая стенограммы заседаний Госдумы. Наивно считать, что депутаты там рассматривали текст УПК, обсуждали формулировки, взвешивая на весах здравого смысла, житейского опыта и правовой теории каждую запятую (помните известный пример с запятыми: «Казнить нельзя помиловать»?). Семьдесят семь раз отмерили и только потом проголосовали? Ничего подобного. Меньше чем за месяц до голосования депутатам раздали подготовленный, по мнению рабочей группы, ко второму чтению текст проекта УПК в двух довольно объемных сшивах и две таблицы: таблицу принятых рабочей группой поправок и таблицу отклоненных. Каждая в трех толстых сшивах. Прочитать все эти тексты за оставшееся до заседания время было практически невозможно. А надо ведь было не просто прочесть — осмыслить, сопоставить одно с другим, оценить. В заседании Думы 20 июня депутат от «ЯБЛОКА» С.А. Попов предложил обсуждать и принимать УПК по главам. Его поддержал коммунист В.И. Илюхин — как и С.А. Попов, в отличие от агрессивно подавляющего большинства депутатов, профессиональный юрист. Не вняли. Потом депутаты назвали номера поправок, предлагаемых ими на отдельное голосование. Таких депутатов было несколько, а поправок набралось около полусотни. Затем проголосовали за таблицу принятых поправок с исключенными номерами поправок, предложенных на отдельное голосование. Далее началось самое интересное. Обнаружилось, что номера поправок в таблицах у депутатов не совпадают. Путаница эта проявлялась несколько раз, когда свои поправки пытались донести до депутатского внимания и С.А. Попов, и В.И. Илюхин, и В.В. Похмелкин. Но предложение отложить рассмотрение, навести порядок в таблицах и после этого продолжить слушание — отклонено. В итоге депутаты и сами толком не знают, за что голосовали: ведь голосовали не за поправки, а за номера поправок — за таблицы пронумерованных поправок с перепутанными номерами! Дальше — больше. Число голосовавших до странности невелико. Цифры потрясают. Голосуют «за» и «против» в большинстве случаев не более пятидесяти человек. Воздержавшихся нет. Остальные, как написано в стенограмме, «не участвуют в голосовании». Пусть господа депутаты, все эти единые соотечественники и отечественные заединщики объяснят — нет, не тем, перед которыми они привыкли отчитываться, став во фронт, а нам — избирателям и налогоплательщикам, за чей счет они там заседают, — чем они занимались при рассмотрении одного из ключевых для страны законопроектов? Почему их не было в зале при

обсуждению поправок к УПК, а если они там были, то что они делали, «не участвуя в голосовании»? Можно ли такое голосование считать состоявшимся? В конце собрали требуемое большинство, и в целом за УПК во втором чтении проголосовали уже 290 депутатов. Как эти вернувшиеся в зал (проснувшиеся, отложившие в сторону кроссворды и детективы, отбросившие другие свои важные дела и т.п.) могли голосовать, если они в обсуждении не участвовали? Откуда они узнали, как им голосовать — «за» или «против»? Кто им подсказал? Я не сторонник во всех недостатках законодательства и хитросплетениях, этому способствующих, видеть чей-то злой политический умысел. Но кое-что, однако, настораживает, если не сказать больше. В частности, эта поражающая быстрота принятия УПК с заведомыми ошибками. Не возвращают ли нам времена социалистического «одобрямса»?

В «новом» УПК ежедневно можно делать «открытия», требующие немедленного внесения в него изменений и дополнений. Процесс этот, по-видимому, бесконечен. Не в силах совладать с бесконечностью, ставлю здесь точку.

Независимый экспертно-правовой совет

Костанов Юрий Артемьевич
Блеск и нищета
Уголовно-процессуального кодекса

Н/к. Подписано в печать
с готового оригинал-макета 01.04.2005
Формат 60x90/60. Бумага офсетная. Гарнитура «Univers»
Печать офсетная. Усл. печ. л. 6,5. Тираж 1000 экз.
Распространяется бесплатно.

Редактор серии Парамонов А.А.
Редактор Сокольская К.О.
Художник Афанасьев А.Н.
Компьютерная верстка Мичуриной В.П.

Отпечатано в ОАО «Калужская типография стандартов»,
248021 Калуга, ул. Московская, 256. Тел. (0842) 55-10-12

«Р. Валент»
(Издательская лицензия РЛ № 066590 от 18.05.1999. Госкомитет РФ по печати)
103062 Москва, ул. Покровка, д. 38а.

Независимый экспертно-правовой совет

Костанов Юрий Артемьевич
Блеск и нищета
Уголовно-процессуального кодекса

Н/к. Подписано в печать
с готового оригинал-макета 01.04.2005
Формат 60x90/60. Бумага офсетная. Гарнитура «Univers»
Печать офсетная. Усл. печ. л. 6,5. Тираж 1000 экз.
Распространяется бесплатно.

Редактор серии Парамонов А.А.
Редактор Сокольская К.О.
Художник Афанасьев А.Н.
Компьютерная верстка Мичуриной В.П.

«Р. Валент»
(Издательская лицензия РЛ № 066590 от 18.05.1999. Госкомитет РФ по печати)
103062 Москва, ул. Покровка, д. 38а.