ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ТОМСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»

**ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ
УКРЕПЛЕНИЯ РОССИЙСКОЙ
ГОСУДАРСТВЕННОСТИ**

Часть 79

Сборник статей

**LEGAL ISSUES
OF STRENGTHENING RUSSIAN
STATEHOOD**

Vol. 79

Collection of papers

Томск
Издательский Дом Томского государственного университета
2018

П.В. Седельников, Т.В. Куряхова

ДОПУСК ЗАЩИТНИКА К УЧАСТИЮ В СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЯХ, ПРОИЗВОДИМЫХ ПО ЕГО ХОДАТАЙСТВУ

Право защитника участвовать в следственных действиях, производимых по его ходатайству, не является абсолютным. Иное ограничивало бы процессуальную самостоятельность следователя, тайну следствия, ущемляло права других участников процесса. На основе анализа действующего законодательства и правоприменительной практики выявлены пять групп обстоятельств, ходатайство об установлении которых обязывает следователя допустить защитника к участию в следственном действии, а также условия такого допуска.

Ключевые слова: защитник, ходатайство, следственное действие, условия допуска, интересы стороны защиты, собрание доказательств.

Участие защитника в следственных действиях, производимых по его ходатайству, является эффективным средством защиты интересов его подзащитного. Однако в практической деятельности часто возникают проблемы в реализации данного права защитника. Во многом это обусловлено «недосказанностью» регулирующих его нормативных предписаний [1. С. 205], а также особенностью российского досудебного производства, которое весьма условно можно назвать состязательным.

Исключительным правом производства следственных действий – основным способом собирания доказательств, – в досудебных стадиях обладает лицо, в производстве которого находится уголовное дело [2. С. 174]. На следователе лежит обязанность установить обстоятельства, подлежащие доказыванию (ст. 73 УПК РФ). Именно следователь выбирает способы установления этих обстоятельств и определяет пределы их установления. По общему правилу только указания руководителя следственного органа и, на завершающем этапе расследования, прокурора, обязывают следователя выполнить процессуальные действия или принять решение вопреки выработанной им позиции. Даже для таких случаев в УПК РФ закреплены процедуры, позволяющие следователю отстоять свое мнение (ч. 3 ст. 39, ч.ч. 4–5 ст. 221

УПК РФ). Итак, следователь самостоятельно направляет ход расследования, определяет тактику своих действий, принимает решения о производстве следственных действий.

Вместе с тем защитник назван в числе субъектов, *собирающих доказательства* (п. 2 ч. 1 ст. 53, ч. 3 ст. 86 УПК РФ). Используемая в законе терминология весьма условна. Этот участник вправе собирать сведения, но не обладает правом преобразовывать полученную информацию в доказательства (формировать их) [2. С. 148]. Единственным способом предания сведениям статуса доказательств является заявление ходатайства об их получении лицом, производящим расследование. Для достижения желаемого результата защитник может ходатайствовать о проведении конкретного следственного действия.

Буквальное толкование п. 5 ч. 1 ст. 53 и ч. 2¹ ст. 159 УПК РФ¹ свидетельствует, что защитник может участвовать в любом следственном действии, о проведении которого он ходатайствует². Но так ли это? Попробуем дать ответ на два вопроса: 1) ограничен ли круг следственных действий, о производстве которых может ходатайствовать защитник? 2) может ли следователь не допустить защитника к участию в следственном действии?

В силу ст. 159 УПК РФ, следователь не вправе отказать защитнику в производстве следственных действий, *при условии*, что обстоятельства, об установлении которых он ходатайствует, имеют значение для данного уголовного дела. Следовательно, круг следственных действий, о производстве которых вправе ходатайствовать защитник, ограничен целями их производства – установление обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

¹ В соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 53 УПК РФ защитник вправе «...участвовать в следственных действиях, производимых по ходатайству подозреваемого, обвиняемого или ходатайству самого защитника в порядке установленном УПК РФ». Частью 2¹ ст. 159 УПК РФ предусмотрено: «Защитнику не может быть отказано в участии в следственных действиях, производимых по его ходатайству либо по ходатайству подозреваемого или обвиняемого...»

² Предметом статьи являются только случаи заявления ходатайств непосредственно защитником. Причем производство следственных действий не предполагает участия в них подозреваемого, обвиняемого. Участие защитника в следственных действиях, производимых по ходатайству подозреваемого, обвиняемого, имеет несколько иную природу, поэтому требует отдельного анализа.

Зависимостью решения этого вопроса от усмотрения следователя обеспокоены многие представители юридического сообщества [3. С. 106; 5. С. 173]. А.А. Давлетов пишет о фактическом аннулировании императивности исходного положения ст. 159 УПК РФ законодательной оговоркой об оценке следователем ходатайства с точки зрения его значения для расследования дела [4. С. 129, 173]. По нашему мнению, проблема не столь существенна, поскольку нормативные предписания уголовно-процессуального закона исключают возможность произвольного отказа следователем в удовлетворении ходатайства защитника. Отказ возможен лишь в случаях, когда *сведения, которые могут быть получены в ходе следственного действия, не имеют отношение к делу, либо если обстоятельство, об установлении которого ходатайствует защитник, уже установлено на основе достаточности доказательств* [6]. В случае если ходатайство отклонено ошибочно, эта ошибка может быть исправлена путем обжалования такого решения в суд, прокурору или руководителю следственного органа (ст.ст. 123–125 УПК РФ).

Чем еще ограничивается круг обстоятельств, об установлении которых путем производства следственных действий вправе ходатайствовать защитник? Участие защитника в уголовном судопроизводстве опосредовано выполняемой им функцией. Вся деятельность защитника направлена исключительно на защиту интересов своего доверителя и не может причинять им вреда (ч. 1 ст. 49 УПК РФ, п. 1 ч. 1 ст. 8, п. 1 ч. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката). Поэтому сфера процессуальной активности защитника (там, где инициатива в проведении действий может исходить непосредственно от него) ограничена действиями, направленными на:

- 1) получение сведений, оправдывающих подозреваемого, обвиняемого;
- 2) получение сведений об обстоятельствах, смягчающих наказание;
- 3) получение сведений об обстоятельствах, исключающих преступность и наказуемость деяния;
- 4) получение сведений об обстоятельствах, указывающих на незаконность и необоснованность принятых процессуальных решений и произведенных процессуальных действий;
- 5) реализацию процессуального права подозреваемого, обвиняемого (оспаривание данных против него показаний).

Неправильно думать, что защитник, ходатайствующий об установлении названных обстоятельств, всегда действует в интересах доверителя. Следователь может распознать истинные намерения защитника – получить доказательства в ущерб подзащитному и в пользу другого лица (соучастника совершения преступления, потерпевшего). В такой ситуации защитник должен быть заменен. Возникает вопрос: является ли замена защитника основанием для отказа в проведении следственного действия? Полагаем, что не всегда. Отказаться от его проведения следователь может при условии, что это не повлияет на всесторонность и объективность расследования. Инициатива в его производстве переходит к следователю, поэтому безусловным правом участия в следственном действии, ни ходатайствующий защитник, ни защитник, вступивший в дело, не обладают.

Подведем предварительные итоги: ходатайство защитника о производстве следственных действий направленных на установление имеющих для дела обстоятельств, заявленное в интересах подозреваемого (обвиняемого), порождает обязанность следователя допустить его к участию при их осуществлении. Данные обстоятельства выступают не только в качестве критерия правомерности заявления защитником ходатайства, но и являются своеобразными основаниями допуска защитника к участию в производстве следственных действий.

Полагаем, что помимо оснований следует выделить и условия допуска защитника к участию в следственных действиях, производимых по его ходатайству. К таким условиям следует отнести:

1. Заявленное ходатайство должно быть мотивированным. Защитник обязан указать, для достижения каких целей следует провести данное следственное действие. Требование мотивированности выступает своеобразным средством профилактики злоупотребления правом со стороны защитника, желающего затянуть производство по уголовному делу.

2. Инициатива о производстве следственного действия исходит от защитника.

Прокомментируем данное условие на практическом примере. Защитник, просчитав ход и направление расследования, ходатайствует о производстве с его участием основных следственных действий (допросов ключевых свидетелей, производства обыска, осмотра, выемки и т.д.). Обязан ли следователь допустить защитника к участию в следственном действии, если оно уже запланировано? Полагаем, что нет. На наш взгляд, защитник может быть допущен к участию в след-

ственных действиях в тех случаях, когда: 1) в уголовном деле отсутствуют данные, свидетельствующие о необходимости производства следственного действия, о котором ходатайствует защитник (о допросе лица, о котором в деле сведений нет; о производстве обыска в месте, неизвестном следователю и т.д.); 2) необходимость производства следственного действия вытекает из материалов дела и вызвана потребностью уточнить уже установленные следователем обстоятельства (о повторном допросе потерпевшего; проведении очной ставки с лицом, избобличающим доверителя и т.д.). Аналогичной позиции придерживается Е.Г. Ларин [7. С. 75].

Разрешая практическую ситуацию, поясним, что следователь вправе отказать защитнику в участии в следственном действии, если решение о его производстве принято следователем еще до заявления ходатайства.

3. Защитник прибыл в указанное место и в указанное время для участия в следственном действии. Его опоздание или неявка не означают, что производство следственного действия должно откладываться (в ч. 2¹ ст. 159 УПК РФ).

4. Участие защитника в следственном действии не способно причинить ущерб правам и безопасности других участников процесса или поставить под угрозу реализацию этих прав или безопасность участников (об этом также говорится в ч. 2¹ ст. 159 УПК РФ).

Необходимы пояснения. Предположим, что с целью реализации права обвиняемого задать вопрос свидетелю, показывающему против него («d» п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Европейской конвенции) от 4 ноября 1950 г.) защитник заявляет ходатайство о проведении очной ставки обвиняемого со свидетелем, допрошенного под псевдонимом (ч. 9 ст. 166 УПК РФ). Очная ставка является универсальным способом реализации права обвиняемого. Однако если невозможно организовать очную ставку без ущерба для засекреченного лица, следователь обязан выбрать иной способ, к примеру, задать вопрос свидетелю опосредованно, через следователя путем последовательных допросов участников. Такой путь может иметь следующую схему: дополнительный допрос обвиняемого с целью формулирования им вопросов – дополнительный допрос свидетельствующего против него лица (получение ответов на вопросы обвиняемого) – дополнительный допрос обвиняемого (ознакомление с ответами лица, свидетельствующего против него) [8. С. 7–8]. Следо-

ватель вправе допустить защитника для участия в дополнительном допросе свидетельствующего лица только при условии обеспечения его безопасности.

5. Следовательно, рассмотрев ходатайство, должен принять решение о проведении следственного действия и допуске защитника к его производству. Закон не требует письменного оформления решения в каждом случае. Постановление выносится, если следователь отказывает защитнику в удовлетворении ходатайства полностью или в части заявленного ходатайства (ч. 3 ст. 159 УПК РФ).

Считаем, что предложенные в данной статье основания и условия участия защитника в следственных действиях, проводимых по его ходатайству, будут способствовать принятию следователем правильного решения при разрешении подобного ходатайства.

ЛИТЕРАТУРА

1. Седельников П.В. Участие подозреваемого, обвиняемого, его защитника и законного представителя в следственных действиях, производимых по их ходатайству // Международные юридические чтения: материалы научно-практической конференции (15 апреля 2004 г.). Омск : Омский юридический институт, 2004. Ч. 3. 204-207 с.
2. Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М. : Норма, 2008. 240 с.
3. Ясельская В.В., Рожков А.С. Требования состязательности и равенства процессуальных возможностей сторон и участие стороны защиты в доказывании: что делать с материалами, представленными стороной защиты? // Уголовная юстиция. 2016. № 1 (7). С. 105–108.
4. Давлетов А.А. Уголовное судопроизводство Российской Федерации : курс лекций. Екатеринбург, 2016. 345 с.
5. Свиридов М.К. Отношение следователя и защитника в процессе собирания доказательств // Правовые проблемы российской государственности : сб. статей / под ред. В.А. Уткина. Томск, 2000. Ч. 6. 326 с.
6. Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2004 г. № 467-О «По жалобе гр. Пятничука П.Е. на нарушение его конституционных прав положениями статей 46, 86, и 161 УПК РФ» // Консультант Плюс (Электронный ресурс): Справочно-правовая система. Версия Проф, сетевая. Электрон. дан. М.: АО Консультант Плюс, 1992. Режим доступа: Компьютер. сеть Ома МВД России, свободный.
7. Ларин Е.Г. Обеспечение участников уголовного судопроизводства квалифицированной юридической помощью при производстве следственных действий : учеб. пособие. Омск : Омская академия МВД России, 2012. 127 с.

8. Кальницкий В.В. Органы расследования обязаны обеспечивать право обвиняемого допрашивать лиц, свидетельствующих против него // Законодательство и практика. 2016. № 1. С. 6–9.

ADMISSION OF DEFENSE LAWYER TO PARTICIPATE IN INVESTIGATIVE ACTIONS CARRIED OUT ON HIS OR HER APPLICATION

Pavel V. Sedelnikov, Omsk Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia (Omsk, Russian Federation). E-mail: prozess_oma@maul.ru

Tatyana V. Kuryakhova, Omsk Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia (Omsk, Russian Federation). E-mail: prozess_oma@maul.ru

Keywords: defense lawyer, application, investigative action, admission conditions, interests of the defense, collection of evidence.

DOI: 10.17223/9785946217637/40

The literal interpretation of Paragraph 5 of Part 1 of Article 53 and Part 2 of Article 159 of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation testifies that a defense lawyer may participate in any investigative action that he or she is applying for. But does this correspond to reality? In the course of the study, the authors examined the issues of limitations to the range of investigative actions that the defense lawyer may apply for, as well as whether an investigator could prevent the defense lawyer from participating in the investigative action. The analysis of regulatory requirements, legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation and legal literature (namely A.A. Davletov, V.V. Kalnitsky, E.G. Larin, A.S. Rozhkov, S.A. Schafer, M.K. Sviridov, V.V. Yaselskaya, et al.) made it possible to draw a number of key conclusions.

Firstly, the investigator has the right to prevent the defense lawyer from participating in the investigative action, which he or she is applying for, if this investigative action has already been scheduled, and also when the circumstance the defense lawyer is seeking to establish has already been established by a sufficient body of evidence. Secondly, the participation of the defense lawyer in criminal proceedings is mediated by the function he or she performs. So it follows that the scope of the procedural activity of the defense lawyer (where there is a possibility of his or her direct initiative in conducting investigative actions) is limited to obtaining 1) the information justifying the suspect or the accused; 2) the information about the circumstances mitigating the sentence; 3) the information about the circumstances excluding the act's criminal status and liability of punishment; 4) the information about the circumstances indicating the illegality and groundlessness of the procedural decisions and procedural actions taken; 5) the implementation of the procedural law of the suspect or the accused (for example, rebutting the testimonies against him or her). Thirdly, the presented restrictions act not only as a criterion for the legitimacy of the defense lawyer's application, but also serve as a specific basis for admitting the defense lawyer to participate in the investigative actions. In light of aforementioned, a general conclusion is that the application of the defense lawyer for the investigative actions aimed at establishing the circumstances

significant for the case, being made in the interests of the suspect (the accused), gives rise to the investigator's duty to allow the defense lawyer to participate in the implementation of these actions. Fourthly, apart from the basis, there are mandatory preconditions for admitting the defense lawyer to participate in the investigative actions. The authors formulate the following conditions:

1. An application filed by the defense lawyer must be motivated.
2. The initiative for the investigative action comes from the defense lawyer.
3. The defense lawyer arrived at the specified place and time to participate in the investigative action.
4. The participation of the defense lawyer in the investigative action can neither inflict damage to the rights and security of other participants in the process, nor jeopardize the exercise of these rights or the safety of the participants.
5. The investigator, having considered the application, must take a decision on conducting the investigative action and admitting the defense lawyer to its procedure.

Each condition is commented upon and accompanied by practical examples, and provisions arising from the condition are given. In particular, following the consideration of the second condition, the conclusion is formulated that the investigator is obliged to allow the defense lawyer to participate in the investigative actions if 1) there is no evidence in the criminal case that indicates the need for the investigative action requested by the defense lawyer (for instance, the interrogation of a person there is no information about in the case; the search in a place unknown to the investigator, and so on); 2) the need for the investigative action arises from the case materials and is caused by the necessity to clarify the circumstances already established by the investigator (the second interrogation of the victim; the confrontation involving the person incriminating the trustee, and so on).

The results of the study are designed to help lawyers and investigators in resolving situations involving the participation of the defense lawyer in the investigative actions taken on his or her application.

REFERENCES

1. Sedelnikov, P.V. (2004) [The participation of the suspect, the accused, their defense counsel and legal representative in the investigative actions taken at their request]. *Mezhdunarodnye yuridicheskie chteniya* [International Legal Readings]. Proc. Of the International Conference. Omsk, April 15, 2004. Omsk: Omsk Law Institute. pp. 204–207. (In Russian).
2. Sheyfer, S.A. (2008) *Dokazatel'stva i dokazyvanie po ugovolnym delam: problemy teorii i pravovogo regulirovaniya* [Evidence and proving in criminal cases: Problems of theory and legal regulation]. Moscow: Norma.
3. Yaselskaya, V.V. & Rozhkov, A.S. (2016) The requirements of adversariality and equality of parties and the defense participation in proving: what to do with the materials submitted by the defense? *Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law*. 1(7). pp. 105–108. (In Russian). DOI: 10.17223/23088451/7/16
4. Davletov, A.A. (2016) *Ugolovnoe sudoproizvodstvo Rossiyskoy Federatsii* [Criminal Proceedings of the Russian Federation]. Ekaterinburg: [s.n.].

5. Sviridov, M.K. (2000) Otnoshenie sledovatelya i zashchitnika v protsesse sobiraniya dokazatel'stv [Interaction of the investigator and defender in the process of collecting evidence]. In: Utkin, V.A. (ed.) *Pravovye problemy rossiyskoy gosudarstvennosti* [Legal Problems of the Russian Statehood]. Tomsk: Tomsk State University.
6. The Constitutional Court of the Russian Federation. (2004) *Resolution No. 467-O of the Constitutional Court of the Russian Federation of December 21, 2004 "On the complaint from Pyatnichuk P.E. on violation of his constitutional rights by the provisions of Articles 46, 86, and 161 of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation."* [Online] Available from: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_52835/. (In Russian).
7. Larin, E.G. (2012) *Obespechenie uchastnikov ugolovnogo sudoproizvodstva kvalifitsirovannoy yuridicheskoy pomoshch'yu pri proizvodstve sledstvennykh deystviy* [Providing participants in criminal proceedings with qualified legal assistance during the investigative actions]. Omsk: Omsk Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia.
8. Kalnitskiy, V.V. (2016) Investigative agencies are bound to ensure the defendant's right to interrogate persons testifying against him. *Zakonodatel'stvo i praktika*. 1. pp. 6–9. (In Russian).

DOI: 10.17223/9785946217637/41

Е.В. Смахтин, К.Е. Везденев

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ НЕКОТОРЫХ ПОЛНОМОЧИЙ ГОСУДАРСТВЕННОГО ОБВИНИТЕЛЯ И ПРОКУРОРА ПРИ ОБЖАЛОВАНИИ ПРИГОВОРА ПО УПК РФ И УСТАВУ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА 1864 г.

Статья посвящена сравнительному анализу некоторых полномочий государственного обвинителя и прокурора при обжаловании приговоров в апелляционной инстанции согласно УПК РФ и Уставу уголовного судопроизводства 1864 года. Рассматривается проблема значимости судебных прений и возможности дальнейшего апелляционного обжалования приговора стороной обвинения по доводам, противоречащим прениям.

Ключевые слова: апелляционное производство, приговор, потерпевший, государственный обвинитель, право на апелляционное обжалование.

Актуальность рассматриваемых в статье вопросов обусловлена, в том числе законодательной инициативой Верховного суда Российской Федерации о создании кассационных судов общей юрисдикции и