

Адвокатская практика

2007

4

ООО «Издательство "Юрист"»

Судебная адвокатура	Адвокатские сообщества	История российской адвокатуры
Адвокатура: зарубежный опыт	Процессуальные документы	
Адвокат в уголовном и административном процессе		
Конференции и семинары	Персоналии	Законодательство

- ✓ **Защита «по назначению»: не пора ли вернуться к обсуждению вопроса?**
- ✓ **Проблемы правового положения подозреваемого**
- ✓ **Применение показаний анонимных свидетелей в свете принципа состязательности**
- ✓ **Понятие фикции в правовой науке: уголовно-процессуальный и криминалистический аспект**

АДВОКАТСКАЯ ПРАКТИКА

№ 4 • 2007

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКОЕ И ИНФОРМАЦИОННОЕ ИЗДАНИЕ.
Зарегистрировано в Госкомпечати. Рег. № 017046.

ООО «Издательство «ЮРИСТ»»

Редакционный совет:

Александров А.И., д.ю.н., профессор;
Барщевский М.Ю., д.ю.н., профессор;
Бублик В.А., д.ю.н., профессор;
Галоганов А.П.; к.ю.н.; Клен Н.И.;
Мирзоев Г.Б., д.ю.н., профессор;
Попондопуло В.Ф., д.ю.н., профессор;
Падва Г.П., к.ю.н.; Резник Г.М., к.ю.н.;
Семеняко Е.В., к.ю.н., профессор;
Мастинский Я.М.; Сорокин Ю.Г.

Главный редактор

ООО «Издательство «Юрист»»:
Гриб В.В.

Заместители главного редактора

ООО «Издательство «Юрист»»:
Платонова О.Ф., Трунцевский Ю.В.,
Фоков А.П.

Главный редактор журнала:

Кучерена А.Г.

Редколлегия:

Бардин Л.Н., Гриненко А.В., Трунов И.Л.,
Челяпов Л.Ю., Шмаков А.Г.

Ответственный редактор

ООО «Издательство «Юрист»»:
Замышляев Д.В.

Отдел распространения

Лебедева Ю.В.

Отдел рекламы

Цыпленкова О.И.

Редакция

Бочарова М.А., Калинина Е.С., Шешена А.Н.

Адрес для корреспонденции:

125057, Москва, а/я 15. Тел.: (495) 953-91-08.
Факс: (495) 953-91-20. E-mail: avtor@ibb.ru
www.lawinfo.ru

Подписка по России:

Каталог «Роспечать» — инд. 47633,
Объединенный каталог — инд. 85480,
а также через www.gazety.ru.

Отпечатано в ООО «Национальная
Полиграфическая Группа». Тел.: (4842) 70-03-37

Формат 60x90/8. Печать офсетная.
Физ. печ. л. — 6,0. Усл. печ. л. — 6,0.
Заказ № . Общий тираж 2 000 экз.

ООО «Издательство «Юрист»» 2007

СОДЕРЖАНИЕ:

Актуальные вопросы адвокатской практики

- Аксёнова Е.В.* Некоторые проблемы правопреемства при реорганизации 2
- Воронов А.А., Пасмарнов А.А.* Защита «по назначению»: не пора ли вернуться к обсуждению вопроса? 6
- Францифоров Ю.В.* Сочетание гласности и тайности при производстве предварительного расследования и судебного разбирательства 8

Адвокат и проблемы расследования преступлений

- Быков В.М.* Проблемы правового положения подозреваемого 11
- Ефремов И.А.* О тактике привлечения адвокатом специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи доверителям при судебных разбирательствах 15
- Тисен А.В., Тисен О.Н.* Применение показаний анонимных свидетелей в свете принципа состязательности 19

Уголовное право и процесс

- Будников В.Л.* Корпоративность досудебного уголовного производства 22
- Гришина Е.П.* Привлечение специалиста защитником 25
- Дворецкий М.Ю.* Актуальные вопросы понятия «юридическая ответственность» его значение для теории уголовного права 27
- Филимонова И.В.* Понятие фикции в правовой науке: уголовно-процессуальный и криминалистический аспекты 31

Зарубежный опыт

- Вагурин Д.* Япония: трудный путь принятия закона о перехвате сообщений 33
- Когамов М.* Концепция следственной деятельности в уголовном судопроизводстве Казахстана (позиция практика и ученого) 38
- Кухта К.И.* Институт жертвы преступления (потерпевшего) в уголовном процессе США 41

Точка зрения

- Капустянский В.Д.* Стадия судебного разбирательства в уголовном процессе зарубежных стран 45

Концепция следственной деятельности в уголовном судопроизводстве Казахстана (позиция практика и ученого)

Общие положения

Уголовное судопроизводство, отождествляемое с движением уголовного дела, невозможно представить без следственной деятельности.

Уголовный процесс различных исторических периодов всегда регламентировал следственную функцию в качестве важнейшего института уголовно-процессуального права.

Следственная функция, таким образом, стала важной частью уголовно-процессуальной деятельности. Отсюда следственная деятельность, правоотношения в этой сфере — предмет непрекращающихся научных дискуссий и организационно-правовых преобразований.

Однако никогда не ставились под сомнение важность и объективная необходимость следственной функции в уголовном процессе, которая в настоящее время получила прочные конституционные основы (п. 1 ст. 84 Конституции Республики Казахстан).

Таким образом:

— следственная функция как государственно-правовое явление опирается на прочные исторические корни и традиции и без нее невозможно осуществление задач и принципов уголовного судопроизводства;

— следственная функция — динамично развивающийся специальный государственный институт и специальный вид государственной деятельности;

— следственная функция при любых реформах юридической системы общества и государства всегда остается важной стадией досудебного производства по уголовным делам;

— в формате следственной функции расследуется подавляющее большинство преступлений;

— следственная функция — исключительная прерогатива узкого круга специальных государственных органов.

Новые подходы к развитию следственной функции регламентированы УПК РК 1997 г. и Концепцией правовой политики Республики Казахстан 2002 г.

На данный момент в государстве действуют три следственных аппарата: национальной безопасности, внутренних дел, финансовой полиции.

Правом производства предварительного следствия по делам своей подследственности наделены также органы дознания страны. В целом дознание, выполняя вспомогательную роль по отношению к следствию, укрепило возможности следственной практики и за длительный исторический период стало крупным

практическим направлением правоохранительных органов. Деятельность органов дознания остается сочетанием оперативно-розыскных и процессуальных действий, а также начальным этапом в развитии следственной функции. В качестве достижений становления и развития дознания в отечественном уголовном процессе следует привести примеры образования на базе его практики следственных аппаратов в органах внутренних дел (1963 г.) и налоговой (финансовой) полиции (1997 г.) Казахстана.

Элементы предварительного расследования, возможность осуществления предварительного расследования в рамках уголовного преследования делают активным субъектом следственной функции и прокурора.

Достаточно определено, с учетом интересов практики борьбы с преступностью, регламентирована подследственность следственных аппаратов.

Впервые на законодательном уровне регламентирована технология движения оперативно-розыскных материалов в уголовный процесс (март 2001 г.) и тем самым существенно ослаблена историческая изолированность оперативного состава от следователей.

Концептуальные направления совершенствования национальной следственной деятельности

Изучение следственной, прокурорской и судебной практики, анализ правовой литературы убеждают в необходимости дальнейшего совершенствования следственной деятельности в стране.

1. Назрела потребность дальнейшего совершенствования нормативно-правовой базы в сфере следственной деятельности с учетом требований Конституции РК (п. 2 ст. 84).

Прежде всего безотлагательно требуется принятие Закона РК «О статусе следователя и следственной деятельности», с приближением следственного корпуса по условиям функционирования к судебскому.

Так же как и судьи, следователи при расследовании уголовного дела должны обладать привилегиями (неприкосновенностью) в уголовном процессе. Это вызвано тем, что судьи рассматривают уголовные дела, прежде бывшие предметом работы следователей. Не должно быть неравных условий для государственных органов и должностных лиц, ведущих, по существу, единый уголовный процесс, обеспечивающих движение уголовного дела на разных стадиях уголовного судопроизводства.

Стабильности следственных кадров, особенно на уровне районного звена, отвечали бы:

- высокая заработная плата следователя;
- более высокие специальные звания в рамках любой следственной должности (можно отказаться вообще от специальных званий);

- сокращенные сроки выслуги лет между специальными званиями;
- высокие социальные гарантии.

2. Для укрепления идеи о процессуальной самостоятельности и независимости следователя целесообразно пересмотреть административную подчиненность следственного аппарата внутри правоохранительного ведомства, его взаимоотношения с другими службами ведомства, порядок назначения руководителей следственного аппарата и следователей.

Должность следователя, начальника следственного отдела поднять до статуса политической должности.

3. Важно продолжить упрощение и ускорение процедур досудебного производства по уголовным делам в соответствии с Концепцией правовой политики Республики Казахстан.

Предварительное следствие предлагается вести в двух режимах: обычном и ускоренном.

Дознание сохранить только в порядке ст. 200 УПК, т.е. производстве неотложных следственных действий по делам, по которым обязательно предварительное следствие.

Идея регламентации в УПК одной основной формы предварительного расследования уголовных дел в режиме предварительного следствия объективно приведет к созданию условий для образования единого следственного аппарата страны.

4. Следует и дальше регламентировать линию на специализацию права производства предварительного следствия другими органами в соответствии с динамикой структуры преступности, а также стремиться к созданию модели правоохранительной и судебной систем эффективно противодействующей основным блокам и уровням преступной деятельности в стране.

5. Важным в рассматриваемом контексте является дальнейшая конкретизация регламентации подследственности уголовных дел.

Если на судебном уровне подсудность уголовных дел в основном определена и редко подвергается пересмотру, а также распадается на круг дел, рассматриваемых соответственно районным, областным и Верховным судами, это до сих пор не сделано применительно к аппаратам расследования уголовных дел.

Представляется, что решение данного важного вопроса существенно повысит эффективность деятельности аппаратов расследования уголовных дел, прежде всего областного и республиканского уровней. Правильная регламентация подследственности уголовных дел к тому же повлияет на оптимизацию и структуру штатов аппаратов расследования уголовных дел и связанных с ними структур.

6. Общеизвестно, что процессуальное право является одним из главных механизмов реализации норм уголовного законодательства и, следовательно, должно корреспондировать с ним. В реальности в этом направлении сделано очень мало. Например, существующие процедуры расследования практически не учитывают специфику организованной преступности и не создают

условий для эффективного расследования таких дел. Решение этого вопроса в УПК станет адекватным реагированием на регламентированные Уголовным кодексом формы соучастия в преступлении, в том числе сложные (ст. 31 УК).

На наш взгляд, по делам о преступлениях, совершенных организованной группой или преступным сообществом, кроме установления общих обстоятельств, входящих в предмет доказывания по делу о любом преступлении, выяснению должны подлежать:

- 1) наличие предварительного сговора о совместной организованной преступной деятельности;

- 2) наличие объединения лиц в сплоченную организованную преступную группу (или организацию);

- 3) наличие устойчивого структурного объединения (преступной группы или организации), созданного для занятия организованной преступной деятельностью;

- 4) роль организатора и других соучастников;

- 5) способы легализации нажитого преступным путем имущества;

- 6) использование угроз и подкупа должностных лиц, представителей власти.

Необходима также разработка в УПК подробной процессуальной формы:

- исключения из уголовного дела фактических данных, недопустимых в качестве доказательств;

- легализации оперативно-розыскных материалов в доказательства по делу;

- расследования дел о преступлениях юридических лиц;

- проведения смешанных уголовно-процессуальных и финансовых расследований по всем случаям незаконно нажитого имущества лицами, деяния которых не подпадают в типологию уголовно наказуемых действий с целью его конфискации в пользу государства. В этом плане заслуживает внимания антимафиозное законодательство Италии.

По итальянскому законодательству конкретное имущество может быть передано государству в судебном порядке двумя путями.

В первом случае — через рамки доказывания и доказательства обычного уголовного процесса по делу о преступлении, с помощью которого субъект получил незаконные доходы.

Во втором случае проводится финансовое расследование для установления законного характера происхождения собственности и источников дохода конкретных лиц, в отношении которых имеются подозрения об их принадлежности к мафии, даже если поведение таких лиц не входит в типологию уголовно наказуемых преступлений.

Объект проверки должен доказать, что его собственность и источники дохода носят законный характер. В противном случае такое имущество может быть конфисковано и передано государству, после того как в судебном порядке будет установлена противоправность его происхождения.

Такой способ позволяет избежать трудностей, возникающих на уровне традиционного уголовного процесса, требующего получения прямых доказательств.

Данная правовая процедура не относится к сфере применения уголовных санкций и, следовательно, не противоречит принципу презумпции невиновности.

Нуждается в коренном изменении процессуальный порядок последственной проверки оснований к возбуждению уголовного дела. Фактически он превратился в изучение следователем и прокурором «судебной перспективы» уголовного дела и несет в себе элементы коррупции.

С другой стороны, даже при определенной урегулированности стадии возбуждения уголовного дела, налицо искусственное разделение единого по существу процесса расследования уголовного дела на процессуальную деятельность до и после возбуждения уголовного дела.

На практике данное обстоятельство в условиях соблюдения служебной, коммерческой и других тайн, привело к серьезным проблемам при получении исходной информации, необходимой для решения вопроса о возбуждении уголовного дела из предприятий, учреждений, организаций, а также к неоправданному дублированию последственной работы в ходе расследования уголовного дела.

В этой связи:

- а) необходимо упразднить порядок и сроки рассмотрения заявлений и сообщений о преступлении;
- б) обусловить начало возникновения уголовного дела, его расследование с момента официального приема заявления или сообщения о преступлении органом уголовного преследования, с сохранением традиционных сроков расследования;
- в) среди процессуальных решений первоначально этапа расследования, после приема и регистрации заявления или сообщения о преступлении целесообразно сохранить передачу заявления или сообщения по подсудности или подследственности, с упразднением права органа уголовного преследования на отказ в возбуждении уголовного дела по любым основаниям.

Другой вопрос — о праве следователя прекратить уголовное дело с согласия прокурора по нереабилитирующим мотивам. Проблема эта старая и идет вразрез с сущностью основных функций уголовного процесса (обвинения, защиты, разрешения дела по существу) и их отражением в Конституции страны.

Остается только догадываться об истинных причинах наличия у следователя права на прекращение уголовного дела по нереабилитирующим мотивам в стадии расследования уголовного дела. Как показывает следственная практика, это право таит в себе условия для совершения коррупции должностными лицами органов уголовного преследования. Прекращенные уголовные дела, что особенно важно, кроме следователя и прокурора, никем больше не изучаются и не оцениваются с точки зрения законности и обоснованности принятого решения.

Кроме того, будучи одной из сторон в уголовном процессе, следователь и прокурор не вправе разрешать дело по существу путем его прекращения по нереабилитирующим мотивам, так как это прямая функция суда, не являющегося стороной в уголовном деле.

Представляется, что за следователями и прокурорами целесообразно сохранить право на прекращение уголовного дела в стадии его расследования по ре-

абилитирующим лицо мотивам. Прекращение же уголовного дела по нереабилитирующим мотивам возложить исключительно на суды, что будет соответствовать требованиям конституционной законности и процессуальному статусу суда в уголовном процессе.

Приведенные положения настоятельно диктуют необходимость изменения существующего порядка возвращения уголовного дела на дополнительное расследование.

Такого права из соображения равноправия сторон в досудебном уголовном процессе не должно быть у прокурора по результатам изучения уголовного дела, поступившего к нему с обвинительным заключением. Это, безусловно, скажется на активности прокурорского надзора за расследованием уголовного дела уже с момента приема и регистрации заявления или сообщения о преступлении.

Следует упразднить и право суда на возвращение уголовного дела на дополнительное расследование из главного судебного разбирательства, так как это право вступает в противоречие с сущностью правосудия по уголовным делам и предполагает определенное неравенство сторон в судебном процессе.

Поступившее в суд уголовное дело должно разрешаться по существу путем принятия решения о прекращении уголовного дела либо постановлением оправдательного или обвинительного приговора.

Вместе с тем целесообразно сохранить право суда на возвращение уголовного дела по собственной инициативе или по ходатайству сторон в стадии подготовки уголовного дела к слушанию.

В этом случае все основания для возвращения уголовного дела на дополнительное расследование следует свести к «техническим» недостаткам, содержащимся в уголовном деле.

7. Совершенствование следственной деятельности невозможно без развития в законодательстве об уголовном процессе смежных правовых секторов. Совершенно забывается объективная потребность в укреплении правосубъектности адвокатов в уголовном процессе. В целом проблемы адвокатуры и адвокатской деятельности в Казахстане нуждаются в государственной поддержке. Следует принять отдельное государственное решение по дальнейшему развитию адвокатуры и адвокатской деятельности в стране, а также открыть специальное высшее учебное заведение, факультеты в юридических вузах.

Повышению роли защитника в уголовном процессе послужит введение в ч. 1 ст. 116 нового подпункта в следующей формулировке: «с несоблюдением процессуального порядка обеспечения права на защиту и квалифицированную юридическую помощь». Это повысит эффективность норм об адвокатской деятельности в УПК.

В гл. 16 УПК также следует предусмотреть аналогично ст. 130 УПК новую норму — ст. 130-1 со следующим названием: «Использование материалов защитника в доказывании по уголовным делам». Это акцентирует внимание органов уголовного преследования на строгое выполнение принципа всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела (ст. 24) и других важных принципов уголовного процесса (ст. 10, 15, 19, 25, 26, 28).

Технически эту норму можно создать за счет перемещения п. 3 ст. 125 в новую ст. 130-1 УПК, в которой, безусловно, необходимо предусмотреть другие важные положения, особенно по процедуре приобщения к уголовному делу материалов защитника.

Для повышения законности ареста необходимо изменить формулировку третьего предложения п. 5 ст. 150 УПК в следующей редакции: «При допросе обязательно присутствие следователя, дознавателя, защитника, законных представителей несовершеннолетнего обвиняемого (подозреваемого), которые имеют право на высказывание своего мнения по рассматриваемому вопросу». Такое уточнение соответствует смыслу, содержанию и развивает потенциал ст. 16 Конституции РК.

Заключительные положения

1. В целом можно констатировать определенное завершение цикла реформ в правоохранительном сообществе, сохранившего в природе предварительного следствия функции предотвращения, раскрытия и расследования преступлений.

2. Реформирование закрепило факт существования различных форм досудебного расследования преступлений (дознания, следствия) как стадии предварительного расследования в уголовном процессе, так как ни одна из них себя не скомпрометировала.

3. Получили подтверждение следующие организационные формы построения взаимодействия органов дознания и следствия:

- раздельное (вневедомственное);
- совместное, в едином структурном подразделении;
- в рамках разных подразделений государственной структуры.

4. Динамизм процессов дальнейшего развития аппаратов предварительного расследования в перспективе предполагает дальнейшую специализацию этих органов в сфере расследования преступлений с одновременным ужесточением прокурорского и судебного надзора за этой деятельностью.

5. Во многом серьезные издержки, которые сопровождают процессы реформирования, вызваны отсутствием глубоких проработок внедряемых моделей правоохранительных систем, к тому же не проходящих внешнего рецензирования.

Таким образом, необходимость разработки Концепции национальной следственной деятельности продиктована важностью дальнейшего изучения и совершенствования норм уголовно-процессуального законодательства о досудебном уголовном процессе в целях приведения его в соответствие с общепризнанными международными стандартами правосудия и требованиями национальной конституционной законности.

*Когамов М.,
член Совета по правовой политике
при Президенте Республики Казахстан,
начальник Академии финансовой полиции,
профессор, доктор юридических наук*

Институт жертвы преступления (потерпевшего) в уголовном процессе США

В последние два десятилетия положение потерпевшего от преступления в уголовном судопроизводстве США существенно улучшилось. Законодатель вновь обратил свое внимание на положение жертвы преступления в уголовном процессе, в основном под влиянием сложившегося в последние десятилетия общественного мнения в поддержку прав потерпевших от преступлений. Дело в том, что роль потерпевшего в США при расследовании преступлений значительно изменялась с развитием государственности в США.

При зарождении США как государства система уголовного правосудия унаследовала традиционный для Англии институт частного обвинения¹. В колониальной Америке потерпевший от преступления был ключевой

фигурой в системе уголовного правосудия США. Потерпевший выполнял функции полиции, представлял обвинение в суде, мог самостоятельно выполнять эти обязанности либо поручать их выполнение другим лицам². Потерпевший мог самостоятельно арестовать лицо, совершившее преступление в отношении его, либо заплатить за задержание шерифу или любому другому лицу. Потерпевший должен был оплачивать ордер на арест, самостоятельно проводить расследование, оплачивать услуги сыщиков и адвоката, предъявлявшего обвинение в суде. Потерпевший вправе был получить возмещение понесенного им вреда в системе уголовного судопроизводства.

В дальнейшем система уголовного правосудия в США стала отличаться от той, что действовала в Англии. К