

ENSURING PROCEDURAL RIGHTS OF PARTICIPANTS IN THE COURSE OF INVESTIGATIVE ACTIONS

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ПРАВ УЧАСТНИКОВ В ХОДЕ ПРОИЗВОДСТВА СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ

Андреева О. И., Зайцев О. А.

О злоупотреблении правом защитником в уголовном процессе¹

Защитник наделен свободой в выборе способов защиты прав и законных интересов своего доверителя. В силу конфликтного характера уголовного процесса возможно осуществление действий, внешне находящихся в правовом поле, но имеющих иную, чем защита прав и законных интересов цель, вследствие чего причиняющих вред интересам других участников уголовного процесса, интересам правосудия. Такое поведение именуется злоупотреблением правом. Правоприменители испытывают сложности в разграничении правомерного и недобросовестного поведения защитника. Злоупотребление правом – это такое поведение, которое предполагает умышленное использование правовых средств в прямом противоречии с их назначением, следствием чего является нарушение законных интересов других участников процесса, общественных интересов. Способы воздействия на недобросовестных участников уголовного процесса должны быть установлены в законе. Правоприменитель, принимая решение об ограничении права, должен действовать разумно, чтобы право не превратилось из конкретного и эффективного в теоретическое и иллюзорное.

Защитник, в силу презумпции его добросовестности, наделен свободой в выборе средств и способов защиты прав, свобод и законных интересов своего доверителя. Исключения составляют средства и способы защиты, запрещенные УПК РФ (п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК РФ), уголовным, административным законодательством, ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

Необходимо отметить, что поведение рассматриваемого участника уголовного судопроизводства в соответствии с принципом «разрешено все, что не запрещено законом» в определенных ситуациях становится общественно вредным. В условиях предоставления защитнику широких возможностей защиты прав и интересов доверителей, в силу конфликтного характера уголовного процесса, где каждый действует исходя из своих собственных интересов, возможно не только нарушение запретов, но и осуществление действий, внешне находящихся в правовом поле, но имеющих иную цель, чем защита прав и законных интересов, вследст-

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта РФФИ, проект 16-03-00413.

вие чего причиняющих вред интересам других участников уголовного процесса, интересам правосудия. В литературе такое поведение именуется «злоупотреблением правом» [1].

Правоприменительная практика регулярно сталкивается с недобросовестным поведением участников уголовного судопроизводства, в том числе и защитника. В исследованиях приводятся данные опроса адвокатов, где из 65 опрошенных на условиях конфиденциальности адвокатов 46 признали, что свою основную цель они видят в том, чтобы оправдать надежды подзащитного любыми способами [2, с. 396].

Между тем до настоящего времени правоприменители испытывают сложности в разграничении правомерного и злоупотребительного поведения защитника. Так, например, рассматривается как злоупотребление правом многократное заявление ходатайств защитником. С одной стороны, неоднократное заявление одних и тех же ходатайств ведет к затягиванию сроков рассмотрения и разрешения уголовного дела, как следствие, к возможному нарушению общественных интересов, интересов иных участников уголовного судопроизводства. С другой стороны, защитник имеет право заявлять ходатайства (ст. 53, 119 УПК РФ) с целью защиты прав и законных интересов своего доверителя. Кроме того, ст. 120 УПК РФ предусматривает, что ходатайство может быть заявлено в любой момент производства по уголовному делу и отклонение ходатайства не лишает заявителя права вновь заявить ходатайство. Как следствие, только количество заявленных ходатайств не всегда свидетельствует о злоупотреблении защитником правом.

Ходатайства могут заявляться защитником не с целью защиты прав и законных интересов, а с иной целью. Показательным является следующий пример [3]. После окончания следственных действий по уголовному делу руководитель следственного органа уведомил об этом обвиняемого М. и его защитников – адвокатов А. и К., предоставив материалы уголовного дела для ознакомления. В связи с явным затягиванием ознакомления с материалами дела решением суда им был установлен срок такого ознакомления. По истечении определенного времени обвиняемый отказался от услуг защитников и обратился с ходатайством о назначении ему защитника. Ему был назначен защитник – адвокат Ф., которому впоследствии постановлением суда был установлен срок ознакомления с материалами дела. За сутки до истечения установленного судом срока для ознакомления с материалами уголовного дела обвиняемый М. заявил ходатайство об отказе от услуг защитника Ф., в удовлетворении которого ему было отказано. Заключив новое соглашение с адвокатом К., от которой ранее отказался, обвиняемый М. подал ходатайство о допуске ее в качестве защитника и предоставлении ей возможности

знакомится с материалами уголовного дела, которое было удовлетворено. В связи с истечением установленного судебным решением срока руководитель следственного органа вынес постановление об окончании производства ознакомления защитника К. с материалами уголовного дела. В указанном случае отказ обвиняемого от защитников и заявление ходатайств об ознакомлении с материалами уголовного дела очевидно были продиктованы не целью обеспечения защиты его прав и законных интересов, а целью затягивания сроков расследования, рассмотрения и разрешения уголовного дела, и противоречили общественному интересу.

УПК Республики Беларусь решает проблему затягивания сроков ознакомления с материалами дела, установив для этого конкретный срок. В соответствии с ч. 4 ст. 257 УПК РФ независимо от числа обвиняемых, привлеченных к ответственности по уголовному делу, общий срок ознакомления их и их законных представителей, защитников с делом не может превышать одного месяца. В исключительных случаях срок ознакомления обвиняемого, его законного представителя и защитника с уголовным делом может быть продлен прокурором.

С одной стороны, установленный в законе срок дисциплинирует правоприменителя, а с другой – уголовное дело может быть разного объема. В условиях, когда в ходе предварительного расследования защитник имеет доступ и возможность ознакомиться с ограниченным объемом материалов уголовного дела, установленный месячный срок может сказаться на обеспечении права на защиту. Указание на возможность продления прокурором срока ознакомления с материалами дела в исключительных случаях носит субъективный характер и может ограничить возможность подготовиться к защите.

В научной литературе отмечается, что затягивание процесса может быть достигнуто посредством заявления ходатайств об ознакомлении с материалами уголовного дела повторно в суде при отсутствии явной процессуальной необходимости в этом [4, с. 58]. Между тем оценка явной процессуальной необходимости субъективна и, как следствие, чревата нарушением права на защиту. С одной стороны, уголовно-процессуальный закон не предусматривает, сколько раз можно реализовать право на ознакомление с материалами уголовного дела, допуская такую возможность не только по окончании предварительного расследования, но и после поступления уголовного дела в суд. В этом случае ходатайство, заявленное защитником до начала судебного заседания с обоснованием необходимости повторного обращения к конкретным материалам дела, может быть расценено как добросовестно заявленное. С другой стороны, если защитник имел неограниченную по времени возможность ознакомления с материалами дела по окончании расследования, мог

выписывать из уголовного дела любые сведения в любом объеме, снимать за свой счет копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств, то в случае заявления ничем не обоснованного ходатайства ознакомиться повторно с материалами дела в целом оно может быть расценено как злоупотребление правом.

Критерии отграничения злоупотребления правом и правомерного поведения предопределяются публичной природой и тесно связаны с назначением и принципами уголовного процесса, направленными не только на защиту законных интересов лиц, вовлеченных в сферу уголовного процесса, но и на защиту общественных, государственных интересов.

Необходимо отметить, что назначение права состоит в предоставлении лицу юридически гарантированной возможности удовлетворения своих интересов, обеспеченной защитой, в том числе судебной, не нарушая при этом интересов других лиц, общества, государства. Право осуществляется в соответствии с его назначением тогда, когда соответствующее поведение совпадает с целью правовой нормы.

Соответственно, злоупотребление правом – это такое поведение, которое предполагает умышленное использование прав или правовых средств в прямом противоречии с их социальным назначением, следствием чего является нарушение законных интересов других участников процесса, общественных интересов.

Для того чтобы злоупотребление правом имело место, необходимо наличие одновременно двух вышеперечисленных признаков. Причинение вреда при осуществлении права в соответствии с его назначением не должно рассматриваться как злоупотребление правом. Не является злоупотреблением и такое осуществление субъективного права в противоречии с его назначением, в результате которого вред участникам общественных отношений, обществу и государству не причиняется.

Кроме того, следует согласиться с Т. В. Трубниковой в том, что участнику уголовного судопроизводства, не являющемуся должностным лицом, может быть «поставлено в вину» только такое поведение, которое приводит или может привести к нарушению вышеперечисленных прав в условиях, когда явно существовал вариант поведения, не приводящий к таким последствиям, т. е. поведение участника должно быть очевидно недобросовестным [5, с. 71].

Злоупотребление правом может иметь место не только при выборе ненадлежащего способа осуществления права, но и при преднамеренном выборе ненадлежащего права.

О преднамеренном выборе ненадлежащего права свидетельствует, например, обращение в правоохранительные органы или в суд не с це-

лью защиты своих прав и законных интересов. Показательным является следующий пример [6]. Руководителем следственного органа было вынесено постановление об отказе в возбуждении уголовного дела по ч. 1 ст. 298¹ УК РФ в отношении К., подавшего заявление о возбуждении уголовного дела в отношении самого себя по факту распространения им клеветы в отношении судьи Б. Отказ в возбуждении уголовного дела был обжалован К. в суд. К. настаивал на полноценной проверке сведений, указанных в заявлении, опросе судей суда. Судьей по поступившим материалам было отказано в принятии жалобы к рассмотрению ввиду отсутствия предмета обжалования, поскольку постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, вынесенное в отношении самого заявителя, не может причинить ущерб его конституционным правам и свободам.

Является очевидным, что невозможно путем закрепления в нормативных правовых актах урегулировать все возможные нюансы, складывающиеся в процессе возникновения и развития уголовно-процессуальных отношений.

Между тем критерии отнесения поведения участника уголовного процесса к злоупотребительному и способы воздействия на недобросовестных участников уголовного процесса должны быть установлены в законе.

Решение о злоупотреблении защитником права в ходе предварительного расследования и, как следствие, об ограничении права либо об ограничении срока реализации права, должно приниматься только судом.

В ситуации, когда решение об ограничении права отнесено законодателем к компетенции должностного лица, в производстве которого находится дело, правоприменитель сам должен действовать разумно, чтобы право не превратилось из конкретного и эффективного в теоретическое и иллюзорное.

Список использованных источников

1. *Малиновский, А. А.* Злоупотребление правом (Основы концепции) / А. А. Малиновский. – М., 2000. – 100 с.
2. *Тишутина, И. В.* К вопросу об адвокатах как о субъектах противодействия расследованию / И. В. Тишутина // Расследование и противодействие ему в состязательном уголовном судопроизводстве: процессуальные и криминалистические вопросы. – М.: Академия управления МВД России, 2007.
3. Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мигули Александра Анатольевича на нарушение его конституционных прав частью третьей статьи 217 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс]: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 27 июня 2017 г. № 1398-О // КонсультантПлюс. Россия / ЗАО «Консультант Плюс». – М., 2017.

4. Коломенский П. Н. Злоупотребление правом на защиту: отдельные вопросы правового регулирования на судебных стадиях уголовного процесса // Судья. – 2015. – №11. – С. 57-61.

5. Трубникова Т. В. Злоупотребление правом в уголовном процессе: критерии и пределы вмешательства со стороны государства // Вестник Томского государственного университета. Право. – 2015. – №3 (17). – С. 65-78.

6. Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кошевого Сергея Юрьевича на нарушение его конституционных прав частями первой и второй статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации [Электронный ресурс] : Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 28 февраля 2017 г. № 257-О // КонсультантПлюс. Россия / ЗАО «Консультант Плюс». – М., 2017.

Andreeva O., Zaytsev O.

**In reference to the abuse of the right by a defender
in criminal proceedings
(translated by Tatsiana Kavalionak)**

Defence lawyers have the freedom to choose ways to protect the rights and legitimate interests of their clients. Due to the conflict nature of the criminal procedure, it is possible to perform actions that on the surface seem to be within the legal framework, but they are not meant to protect the rights and legitimate interests. Such conduct affects the interests of other participants in the criminal procedure and the interests of justice, and is called the abuse of the right. Law enforcers have difficulties to distinguish between lawful and abusive behaviour of the defence lawyer. The abuse of the right is the conduct that presupposes deliberate use of legal means in direct contradiction to their purpose, the consequence of which is a violation of the legitimate interests of other participants in the procedure, of public interest. The methods to influence unscrupulous participants of the criminal procedure must be provided by law. The law enforcer, when deciding on the restriction of the right, must act reasonably, not to turn the right from specific and efficient to theoretical and illusory.

Being presumed to act in good faith, defence lawyers are empowered with freedom to choose means and methods to protect rights, freedoms and legitimate interests of their clients, provided, they are not forbidden by the CPC of the Russian Federation (i. 11 P. 1 Art. 53 of the CPC of the Russian Federation), by criminal, administrative legislation, and Federal Act “On Advocacy in the Russian Federation”.

It is worth mentioning, that if criminal procedure defence lawyers follow the principle “Everything is allowed that is not forbidden by law” their actions can become socially harmful. Defence lawyers have wide opportunities to protect rights and interests of their clients, but due to the conflict nature of the criminal procedure, each party acts in their own interests. Thus, we can witness not only acts of violation of prohibitions, but even actions that on the

surface seem to be within the legal framework, but they are not meant to protect the rights and legitimate interests, which can harm the interests of other participants in the criminal procedure and the interests of justice. In legal literature, such conduct is called “the abuse of the right” [1].

Law enforcement practice often faces unscrupulous conduct of participants of the criminal proceeding, defence lawyers being among them. According to the results of the confidential opinion poll, 46 out of 65 interviewed defence lawyers, believe that their main purpose is to meet their clients’ expectations using any means [2, p. 396].

Meanwhile, so far, law enforcers have had difficulty in differentiating between lawful and abusive conduct of defence lawyers. For example, numerous motions filed by defence lawyers are thought to be the abuse of the right. On the one hand, repeated motions can delay handling and resolving criminal cases, and thus abuse public interests, interests of the other party in a criminal proceeding. On the other hand, a defence lawyer has the right to file motions (Arts. 53, 119 of the CPC of the Russian Federation) to protect rights and legitimate interests of the client. Moreover, Art. 120 of the CPC of the Russian Federation envisages, that a motion can be filed at any stage of the criminal proceeding, and overruling the motion does not deprive the applicant of the right to file a motion again. Thus, the number of motions filed by a defence lawyer is not necessary the abuse of the right.

Motions filed by a defence lawyer are not necessary meant to protect the rights and legitimate interests. Let us consider the following example [3]. Head of the Criminal Proceeding Investigation Body informed the accused M. and his lawyers A. and K., about the end of the investigation and provided them with the case file. As the case review took a lot of time, the court fixed the deadline. Later, the accused refused the services of the lawyers and asked for a new defender. He was appointed defence lawyer F., who was informed of the time limit for the case review. Twenty-four hours before the deadline, the accused filed a motion to refuse the services of defender F. The court overruled the motion. Having concluded a new contract with defender K., whose services the accused had refused earlier, he filed a motion to authorize K. as his defence lawyer, and thus provide K. with the case file for review, which was satisfied. As the time limit expired, Head of Investigation Body ordered the termination of defender’s review.

In the described above case, the refusal by the accused of the defence lawyers services and his numerous motions, were not evidently aimed at protecting the accused rights and legitimate interests, but at delaying investigation, and thus, contradicted the public interests.

The CPC of the Republic of Belarus solves the problem for cases review delays by having set a definite time limit. According to P. 4 p. 257 of the CPC

of the Russian Federation, the time limit for the case review does not depend on the number of persons subject to criminal prosecution, and cannot exceed a month. In exceptional cases, the public prosecutor can prolong the period for the case review for an accused, a legal representative and a defence lawyer.

On the one hand, the deadline fixed by law, disciplines a law enforcer. On the other hand, criminal cases can be of different volume. A month period for a defence lawyer to review the limited volume of the case file during pre-trial investigation can affect execution of the right to defence. The possibility to have the time limit prolonged by the prosecutor in exceptional cases is subjective and can affect the lawyers' abilities to prepare the defence.

In academic legal literature, it is noted that delays in a procedure happen when lawyers file repeated motions for the case review without expressed procedural necessity [4, p. 58]. Meanwhile, assessment of the expressed procedural necessity is subjective, and as a result, can cause the abuse of the right by defence. On the one hand, Criminal Procedure Law does not specify the number of criminal case reviews, it is possible to review the case not only at the end of the pretrial investigation, but also after the case has been brought to court. Thus, a motion filed by a defence lawyer before the court hearing begins, can be assessed as a declaration of good faith. On the other hand, if a lawyer is not time-limited and is able to review the case before the end of the investigation, copy any data in any volume, including the use of technical aids; but nevertheless, files unjustified repeated motions, it can be considered the abuse of the right.

Criteria to distinguish between the abuse of the right and lawful conduct depend on its public nature and are closely connected with the goals and principles of a criminal procedure, aimed at protecting legitimate interests of the criminal procedure participants, public and State interests.

The purpose of law is to provide people with legal guarantees to exercise their interests, ensured by defence, including judicial protection. At the same time, the interests of other people, society, and the State cannot be infringed. The law is administered to serve its purpose, when the conduct in question coincides with legal norm goals.

Accordingly, the abuse of the right is the conduct, which presupposes deliberate use of rights or legal means contrary to their social purpose, which leads to violation of legitimate interests of other participants in a criminal procedure, and public interests.

Two mentioned above features used simultaneously lead to the abuse of the right. Inflicting harm when the right is exercised to reach its purpose cannot be considered the abuse of the right. Exercise of the subjective right not to reach its purpose but without inflicting harm to participants of public relations, the society and the State is not the abuse of the right.

Moreover, we support T. Trubnikova's viewpoint, that a participant of the criminal procedure who is not an official can be "accused" of abusive conduct that leads or can lead to violation of the above mentioned rights only if the person's conduct is evidently unscrupulous [5, p. 71].

The abuse of the right can occur not only while choosing an inappropriate way to exercise the right, but while acting deliberately.

A deliberate choice of an inappropriate right is obvious when a person applies to law enforcement bodies or court not to protect the rights and legitimate interests. Let us consider the following example [6]. Head of Investigative Body denied initiating a case under P. 1 Art. 298 of the Criminal Code of the Russian Federation against K., who filed a request to begin a procedure against himself on libel charges towards Judge B. The motion was denied. In his appeal, K. insisted on the proper inspection of the data included in the application, and questioning the Court Judges. The Judge's decision to rule out initiation of the procedure was based on the fact that a denial to initiate a case against an applicant, cannot infringe his constitutional rights and freedoms.

It is obvious that normative acts cannot regulate all possible shades of relations in a criminal procedure.

Meanwhile, the criteria to characterize the conduct of the criminal procedure participant as abusive and methods to influence unscrupulous participants must be provided by law.

The decision on the abuse of the right by a defence lawyer at the stage of pretrial investigation and, as a result, the decision on restriction of the right or restriction of the period to exercise the right, must be made only by court.

When the decision on the restriction of the right belongs to the official in charge of the case, a law enforcer must act reasonably, not to turn the right from specific and effective into theoretical and illusory.

Пецше А.

**Агент-provokator как вызов уголовному процессу
в правовом государстве¹
(перевод В. И. Самарина)**

Полицейское провоцирование на уголовно наказуемое деяние и сопровождающие его проблемы имеют давнюю историю и сохраняют актуальность по сей день. В то время как в настоящее время частое использование тайных методов расследования, таких как работа под прикрытием сотрудников полиции и полицейских осведомителей, принимается как необходимость, использование провокации омрачено многочисленными проблемами по существу и на законо-

¹ Ссылки на источники приведены только в англоязычной версии тезисов.