

П. И. Люблинский

## ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ПРАВА ЗАКЛЮЧЕННОГО И СРЕДСТВА ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ИХ<sup>1</sup>

Современный уголовный процесс, основанный на разделении обвинения и защиты, как на лучшем средстве достижения истины, по необходимости должен признать за деятельностью обвиняемого большое уголовно-процессуальное значение. Общественный интерес защиты лучше всего может быть достигнут расширением границ этой деятельности, поставленной в пределы законности. Защита как деятельность, представляющая, кроме ограждения невинности, государственный интерес индивидуализации наказания и его наибольшей экономии, наряду с обвинением, олицетворяющим требования правопорядка и вытекающую из них силу репрессии, содействует выработке справедливой меры наказания. И если считают необходимым поручить обвинение блюстительнице правопорядка — прокуратуре, то представителем защиты целесообразнее всего сделать самого обвиняемого или его защитника, стоящего вместе с тем близко к указанным общественным интересам.

Деятельность каждого лица в процессе определяется совокупностью присвоенных ему процессуальных прав. Последние, закрепляя за ним возможность совершения действий, обладающих определенным юридическим значением, характеризуют его как участника процесса. Современное уголовное законодательство еще не достигло той высоты развития, при которой оно может поставить сразу, с самого начала производства дела, обвиняемого наряду с обвинителем, вооружив их обоих одинаково. Нет, только на судебном следствии обвиняемый является равноправной стороной, на предварительном же, сохранившем еще инквизиционный характер, деятельность его сильно стеснена, объем предоставленных ему прав крайне невелик; обвинитель же, наоборот, является полноправным. Там, где необходимо было бы участие обвиняемого или его защитника, вместо него выступает quasi-попечительная власть судебного следователя, который по теории закона должен быть также защитником обвиняемого. Обвиняемый является не стороной, а «участвующим в деле лицом», и права его ненамного отличаются от прав гражданского истца (отличие явствует из одной только ст. 476 Уст[ава] угол[овного] суд[опроизводства]).

Права, могущие принадлежать обвиняемому в процессе (в частности, в предварительной стадии), могут быть разделены на три группы:

- 1) права по обеспечению правильности собираемых или представляемых доказательств;
- 2) права по отношению к обжалованию налагаемых ограничений его прав и
- 3) права активного расследования и освещения обстоятельств дела.



Павел Исаакович Люблинский (1882–1932) — российский и советский ученый-юрист, криминолог

<sup>1</sup> Люблинский П. И. Процессуальные права заключенного и средства осуществления их // П. И. Люблинский. Свобода личности в уголовном процессе. Меры, обеспечивающие неуклонение обвиняемого от правосудия. СПб. : Сенатская типография, 1906. С. 510—540.



Первые две группы прав принадлежат почти всем участвующим в деле лицам (свидетелям, экспертам и проч.), и только третья является характерной для положения обвиняемого, как стороны.

В русском действующем законодательстве объем прав обвиняемого *на предварительном следствии* по отношению к каждой из указанных групп выражается следующим образом:

1. Обвиняемый имеет право присутствовать при выемках, обысках, осмотрах и освидетельствованиях (ст. 316, 358), при дознании через окольных людей (ст. 456) и, наконец, при допросах свидетелей, но лишь в том случае, если следователь не счел нужным его удалить (446 ст.). Для обеспечения беспристрастного ведения дела ему принадлежит также право отвода следователя по законным причинам (273 ст.).

2. Обвиняемый имеет право приносить жалобу на всякое действие, стесняющее его права (ст. 491).

3. Обвиняемый имеет право замечаний и возражений при протоколах о следственных действиях и допросе (468, 469 ст.) и право приводить в опровержение прочитанного ему показания свидетеля обстоятельства, расследовать которые следователь обязан (449 ст.); имеет право бесплатного получения копий с протоколов и постановлений судебного следователя (475 ст.), право просить, при заключении следствия, о предъявлении следственного производства и право указывать на какие-либо новые обстоятельства, проверить которые следователь обязан, впрочем, лишь тогда, когда они могут иметь влияние на решение дела (476 и 477 ст.).

Общими характерными чертами всех указанных прав являются: 1) зависимость их от желания и домогательства обвиняемого и 2) возможность исключительно личного их осуществления (а не чрез представителя или защитника).

Что касается прав первой группы, то право обвиняемого присутствовать при различных действиях следователя по собиранию доказательств проведено довольно последовательно, но на практике в большинстве случаев остается мертвою буквою отчасти потому, что обвиняемый никаких сведений о производстве их не получает (кроме исключительно редкого дознания чрез окольных людей по 455 ст.), отчасти вследствие господства полного усмотрения следователя (как, например, при допросе свидетелей). В последнем случае для большого ограждения предоставленных обвиняемому прав полезно было бы потребовать от следователя мотивированного постановления об отказе, причем достаточным основанием для такого отказа могло бы быть признано, между прочим, желание самого свидетеля.

По отношению ко второй категории прав закон выражается достаточно обще и точно, и желательна только бóльшая действительность обжалований, т.е. вполне беспристрастное и вдумчивое их рассмотрение.

Наибольшее значение имеют постановления, касающиеся третьей группы прав обвиняемого. Характерным ее признаком является то, что все права обвиняемого здесь поставлены в зависимость от усмотрения следователя. Право замечаний и возражений при допросе свидетелей может быть парализовано удалением обвиняемого из камеры или признанием замечаний несущественными. Право получения копий с протоколов и постановлений может стать мертвою буквою, ибо не

указан срок их выдачи, которая обыкновенно задерживается до конца следствия, когда и без того обвиняемый получает право обозрения дела. Наконец, право дополнения следствия требованием рассмотрения новых обстоятельств также находится в зависимости от решения следователя. Следователь, таким образом, может во всякий момент парализовать всякую активную деятельность обвиняемого. С другой стороны, если обвиняемый пассивно относится к привлечению его к ответственности, то все дело может пройти спокойно, без того, чтобы кто-либо пригласил его принять участие в каких-нибудь следственных действиях. Участие его не нужно, оно является только терпимым, но не поощряемым.

Мы не имеем в виду в настоящей главе заняться решением сложного вопроса об объеме прав обвиняемого на предварительном следствии и о желательном их расширении, — вопроса, который составляет в настоящее время центр внимания процессуалистов. Наша задача гораздо скромнее: мы лишь выясним, в какой степени действующее право предоставляет обвиняемому, заключенному под стражу, пользоваться принадлежащими ему, хотя бы и скудными, процессуальными правами.

Вопрос этот не останавливал на себе внимания наших процессуалистов, а между тем он имеет существенную важность. Заключение под стражу происходит очень часто, и притом по важнейшим делам, когда обвиняемому грозит весьма серьезное наказание (не ниже тюрьмы с лишением прав, ст. 419) и, следовательно, когда всякая возможность защиты имеет для него особенный интерес.

Пользование правами, как мы уже говорили, зависит от активности самого обвиняемого, лишение же свободы поневоле преграждает ему возможность всякой деятельности. Могут указать, что, заключая под стражу, следователь имеет целью, между прочим, установление полного контроля над обвиняемым, пресечение всякой его деятельности, могущей быть направленной на уничтожение следов и на затемнение правильного хода следствия, ввиду важности дела и потребности правосудия в собрании веских улик. Отсюда, могут заключить, подавление всякой деятельности заключенного является вполне законным. Однако ни в коем случае нельзя признать, что пользование теми правами, которые присвоены законом обвиняемому, может помешать следствию. Следователь по-прежнему остается господином следствия и может преграждать пользование правами в отдельных случаях, когда будет в том необходимость, а не по общему правилу. Притом всякая деятельность обвиняемого проходит чрез самого следователя, не иначе, и часто может оказывать ему помощь в собрании обстоятельств, оправдывающих обвиняемого. Допрос не всегда является удобным для того средством, отчасти потому, что следователь прибегает в нему лишь по собственной инициативе и нужде, отчасти же потому, что обвиняемый тогда еще не знает характера собранных против него улик, ибо сообщать их на допросе следователь не обязан и в действительности не сообщает.

С другой стороны, государство должно не только не допускать ограничений обвиняемого в пользовании общими процессуальными правами, вследствие лишения свободы, но и предоставить такому обвиняемому особые права. Заключая обвиняемого под стражу, оно вместе с тем без особой для себя необходимости лишает его возможности пользоваться такими *личными* правами, которые облегчили бы ему активное участие в процессе и которые вполне доступны обвиня-



емым, находящимся на свободе. Таково, например, право совещания с юридически опытным лицом, право получения при известных условиях свидетельства о бедности для освобождения от представления кассационного залога и пр. Не установив, соответственно, возмещающих прав, государство совершало бы ничем не оправдываемую несправедливость.

Затем, на государстве по отношению к заключенным под стражу лежит также особая обязанность — *ознакомления* их с принадлежащими им процессуальными правами. Осуществление этих прав в настоящее время поставлено в зависимость от домогательства самого обвиняемого, которое, конечно, не может иметь места при незнании им своих прав. Неправильно было бы приводить против этого то возражение, что каждый гражданин должен знать свои права и государство не обязано обучать его им: ведь при вручении копии обвинительного акта (557 ст.) на судебном следствии и при объявлении приговоров (832 ст.) обвиняемый предупреждается о каждом имеющемся у него праве. Между тем эта обязанность по отношению к обвиняемым, заключенным под стражу, игнорируется государством, и они оказываются в полном незнании своих прав<sup>2</sup>.

По действующему законодательству постановления, преследующие цель предоставления заключенному под стражу возможности знать его процессуальные права и пользоваться ими, резко распадаются на две группы в зависимости от стадии производства дела: постановления до предания суду и после предания суду. Такое деление обуславливается различием организации этих двух стадий процесса.

*До предания суду* эти права очень немногочисленны. По отношению к первой группе прав, т.е. по отношению к обеспечению правильности доказательств, заключенному не предоставлено никаких средств. Устав уголовного судопроизводства молчит об этом. Статьи же 255 и 256 Устава о содержании под стражей категорически запрещают отпускать подсудимого из-под стражи во время производства о нем дела «никуда и ни по какому случаю», кроме как по ст. 476, 570 и 571 Уст[ава] угол[онового] суд[опроизводства] (на них мы еще остановимся). Ни одна из статей, относящихся к первой группе прав, здесь не упомянута.

Что касается, далее, права обжалования (вообще, а не только обжалования заключения под стражу), то, чтобы предоставить обвиняемому возможность прибегать к нему, заключенному под стражу до истечения суток со времени заключения предъявляется особое постановление (431 ст.) для того, чтобы он мог знать причины принятия против него такой меры. В случае заявления им желания подать жалобу, ему предоставляются все необходимые к тому способы (ст. 496).

И, наконец, из прав активного участия заключенному обеспечена лишь возможность просить о рассмотрении дела для дополнения при заключении следствия (476 ст.), причем он может быть отпускаем из тюремного замка для рассмотрения подлинного производства (ст. 256 Устава о содержании под стражей). Пожалуй, также можно видеть некоторое облегчение сношений с судом в ст. 480, которая

<sup>2</sup> Для избежания этого возможно составление особой книжки, вручаемой каждому заключенному. Характерно, что, например, в С.-Петербургском доме предварительного заключения в библиотеке, которой только и могут пользоваться заключенные, не имеется в числе книг даже экземпляра Устава уголовного судопроизводства.

предписывает по заключении следствия переводить обвиняемых, находящихся в подследственном заключении, в уездный город для содержания в тюрьме, если они содержались в уезде.

После предания суду права заключенного значительно шире, что обусловливается усилением значения его как стороны в деле и важностью для правильной постановки судебного следствия полной подготовленности защиты. Здесь уже первые две группы прав теряют свое значение, отчасти потому, что доказательства все собраны, отчасти потому, что нет никаких поводов для принятия против обвиняемого на этой стадии новых стеснительных мер. Вся тяжесть сосредоточивается на третьей группе, обеспечивающей возможность активного участия обвиняемого.

Прежде всего, для приготовления защиты и ознакомления с делом «подсудимые, взятые под стражу при предварительном следствии, доставляются в тюрьму того города, где судебные заседания по делам о них должны происходить, по крайней мере, *за неделю до открытия сих заседаний*» (584 ст.). Здесь им предоставляется копия с обвинительного акта или жалобы частного лица и список лиц, которых предполагается вызвать к суду наравне с остальными подсудимыми (556 ст.). Им предоставляется особое право давать объяснения председателю или члену суда относительно избрания защитника и дополнения списка свидетелей, причем при таких объяснениях может присутствовать и защитник, если он явится в суд к назначенному сроку. В случае, если в месте содержания обвиняемого нет постоянных заседаний суда, объяснения принимаются мировым судьей (ст. 561, 562, 564). Обвиняемому предоставляется возможность сноситься с защитником, и от председателя зависит дать разрешение защитнику объясняться наедине с подсудимым (569 ст.); защитник может, таким образом, исполнять различные поручения заключенного, имеющие законный характер, и представлять за него. Наконец, подсудимый должен во всякое время быть отпускаем из места заключения в канцелярию суда, если он пожелает рассматривать подлинное дело и выписывать из него нужные ему сведения, что производится под наблюдением секретаря и его помощника (ст. 256 Уст[ава о] сод[ержании под страж[ей] 9], и ст. 570 и 571 Уст[ава] угол[оловного] суд[опроизводства]). Впрочем, особенного интереса в пользовании этим правом у заключенного нет, так как оно принадлежит также защитнику подсудимого, который с большим успехом может им пользоваться.

Во время судебного заседания подсудимый, содержащийся под стражей, хотя и оставляется под ее охраной, но вполне пользуется всеми правами свободных обвиняемых (ст. 637, 612). Для выслушания приговора он доставляется в суд (828 ст.), чем сохраняется общее право гласности приговора. Наконец, закон предусматривает случай, когда заключенный под стражу судится еще по другому делу, по которому явка его необязательна. Здесь закон обязывает тюремное начальство доставить его к назначенному сроку в судебное заседание, однако в том лишь случае, если он содержится в пределах того округа, где разбирается о нем дело, *и если* он при вручении ему повестки о вызове (почему не позже?) заявил о том желание (ст. 592). Предоставляя ему это право, закон избавляет его от невыгодных последствий заочного разбирательства.

В апелляционной и кассационной стадиях заключенный под стражу сохраняет полноту своих прав и получает еще особые права, обусловленные невозможно-



стью свободного пользования своими личными правами. Так, подсудимому, содержащемуся под стражей, объявляется о всяком поданном по его делу протесте и отзыве (870 ст.), копия которых ему дается бесплатно и на которые он может доставлять свои объяснения в палату (871, 872 ст.). Эти статьи гарантируют возможность защиты при апелляции, но, к сожалению, не распространяют своего действия на стадию кассационную. В случае же желания подать кассационную жалобу, подсудимые, содержащиеся под стражей, освобождаются от представления залога, необходимого при ее подаче (910 ст., п. 2). Лишенные возможности доставить деньги или представить свидетельство о бедности, они, естественно, ради этого не должны быть лишены пользования своим правом протеста против неправильностей и нарушений закона, допущенных на суде. Наконец, заключенные под стражу не лишены общего права подавших кассационную жалобу присутствовать при кассационном разбирательстве (917 ст.). Как видно, специальные постановления закона о средствах, предоставленных лишенному свободы подсудимому пользоваться его процессуальными правами, значительно многочисленнее на судебном следствии и в дальнейших инстанциях и, если требуют, то, главным образом технических поправок<sup>3</sup>. Возможность пользоваться содействием защитника и его представительством имеет целью восполнить те прорехи, которые могут оказаться в постановлениях закона. Значительно более недостатков представляет первая часть постановления до предания суду, на которых мы теперь и остановимся.

Нечего доказывать, что при том объеме средств, который предоставлен заключенному под стражу, для него невозможно пользование большинством прав. Но посмотрим, может ли государство предоставить ему самому эти средства в полной мере, может ли оно почти совершенно игнорировать факт заключения под стражу? Ответ на это должен быть отрицательный и главным образом по двум следующим основаниям. 1. Тюремный персонал не в состоянии непрерывно отпускать заключенных из-под стражи, для чего требуется весьма сложный и внимательный надзор. Обвиняемый, имеющий возможность освободиться на несколько часов из тюрьмы, всегда воспользуется этой возможностью (иногда удобною и для побега). Затем, право присутствия обвиняемого при некоторых следственных действиях в случае их отдаленности от тюрьмы и продолжительности возлагало бы на тюремную администрацию почти непосильные обязанности. Таким образом, крайняя затруднительность для тюремного персонала, что государство, конечно, игнорировать не может, оказывается первой причиной затруднительности расширения прав заключенного, относящихся, главным образом, к первой группе. 2. Другой причиной является возможность злоупотребления предоставленными правами с целью мешать правосудию. Значительное большинство заключенных (а при правильной постановке подследственного заключения — почти все) являются действительно виновными в приписываемых

<sup>3</sup> Так, ст. 255 и 253 Уст[ава о] сод[ержании под страж[ей] совершенно искусственно находятся там и не имеют исчерпывающего значения. Отдельные разбросанные в законе постановления можно было бы объединить в 2—8 статьях, где общим образом признавалась бы за заключенными возможность пользования процессуальными правами и устанавливались бы для них некоторые льготы.

им деяниях (тяжесть улик — основное условие заключения), и всегда можно рассчитывать на злоупотребления некоторой их части. Расширение прав их самостоятельного участия в деле могло бы породить затруднения или, по крайней мере, медленность производства.

Такое положение, т.е. сознание необходимости расширения прав заключенного, с одной стороны, и опасение предоставить их самому заключенному — с другой, выдвигает вопрос о защите на предварительном следствии, как единственно целесообразном выходе из такой двойственности. Мы говорим «единственно целесообразном», судя не только с точки зрения общих соображений, но и с точки зрения опыта западноевропейских государств.

Жизнь давно вызвала вопрос о необходимости защиты на предварительном следствии. Введение защитника в область, отмежеванную полному усмотрению следователя, может служить предметом опасения лишь для того, кто в старых инквизиционных принципах видит спасительное средство.

Но жизнь и наука говорят обратное: прогресс заключается в разложении розыска и замене его состязательностью, более согласующуюся как с положением личности в обществе, так и с основным требованием правосудия — быстрым выяснением истины. Излишняя опасливость не оправдывается обстоятельствами. Нигде введение защитника не ввела ненормальностей в правосудие, и только в России, единственной из больших европейских государств, институт этот не нашел осуществления в законодательстве.

Следует оговориться, что в дальнейшем мы рассматриваем вопрос о защите на предварительном следствии не всесторонне, а лишь с точки зрения нашей отмежеванной темы.

I. Обеспечение правильности собираемых доказательств в большой степени достигается введением защитника. Лицо, юридически опытное, имеет больше данных к проверке, наконец, своим присутствием оно сильнее может побуждать следователя к тщательному рассмотрению улик. Притом деятельность защитника менее стеснительна для следователя, ибо, как доказывает опыт, своим правом присутствия защитник пользуется лишь в случае действительной в том необходимости, а не из-за простого любопытства или безделья. Действующие законодательства, допуская право присутствия защитника на предварительном следствии в различном объеме, вводят, однако, некоторые ограничения.

В Англии защита, допущенная в начале прошлого столетия на предварительном следствии (нужно помнить, что в Англии оно состязательно), получила право присутствовать при всех следственных действиях. Из европейских стран раньше других, после тяжелой поры инквизиционного гнета, провозгласила право присутствия защитника при всех следственных действиях (однако без активного участия) Франция (Закон 8 октября 1789 г.). Но время реакции отменило его, и оно сохранилось лишь в мелких германских государствах, реципировавших его из Франции. Австрийский устав допускает присутствие защитника при тех следственных действиях, которые имеют целью установление состава преступления и не могут быть возобновлены впоследствии. Обвинительная камера или следственный судья могут разрешить ему обзирать все или некоторые акты производства.

Однако чисто следственная сторона предварительного следствия — допрос обвиняемого и свидетелей и все дознание, безусловно, закрыты для защитни-



ка. Германский устав 1877 г. допускает участие защитника в большем размере. Защитник может присутствовать при допросе свидетелей (но не обвиняемого) и при всех остальных следственных действиях; затем рассмотрение судебносудственных актов предоставлено ему как право при всяком положении дела (137 ст.), насколько, впрочем, это может произойти без вреда для расследования (ст. 147, п. 2). Более новые уставы, венгерский и норвежский, идут еще дальше. Первый допускает присутствие защитника и при дознании, запрещая ему, однако, присутствовать при допросе обвиняемого и свидетелей (ст. 62, 125), второй предоставляет защитнику и это право присутствия, допуская лишь возможность ограничения его судом.

В Швейцарских кантонах постановления о допущении присутствия защитника при следственных действиях довольно пестры. Объем его прав разнообразится по кантонам, начиная с полного недопущения (например, Базельштадт, Тургау и др.) и до возложения на защитника *обязанности* присутствовать при всех следственных действиях (Цюрих, Женева, Ааргау). Из отдельных постановлений по этому предмету интересны постановления в Во, где защитник допускается при допросе свидетелей тогда, когда там присутствует прокурор. Любопытно также, что ни один кантон не допускает присутствия защитника при первом допросе обвиняемого. Обзорение актов предварительного следствия защитником вполне допускается большинством кантонов.

Во Франции по новому Закону 8 декабря 1897 г. защитнику предоставлено право присутствовать при допросе обвиняемого (также и первоначальном) и при очных ставках его со свидетелями. Наконец, итальянский проект 1901 г., вводя защиту на предварительном следствии, принимает постановления австрийского устава. Защитник назначается после первого допроса; он может присутствовать при всех следственных действиях, направленных к установлению объекта преступного деяния, но не при допросе свидетелей.

Таковы постановления современных европейских уставов относительно права защитника присутствовать при следственных действиях, замещая обвиняемого. Желательность предоставления этого права признана почти всеми, и разногласие замечается лишь относительно права присутствия при допросе обвиняемого и свидетелей.

Наше законодательство допускает вполне присутствие обвиняемого при следственных действиях, ограничивая его лишь разрешением следователя при допросах свидетелей. Если признать защитника представителем обвиняемого, то вполне возможно предоставить ему те же права. Правосудие от этого только выиграет, а обвинение несколько не ослабит, так как защитник, действуя в пределах тех же прав, как обвиняемый, представит только больше гарантий законности своих действий. Введение представительства в области этих прав имеет особенно важное значение для заключенных под стражу, о которых государство должно больше всего заботиться, так как всякое излишнее их ограничение по сравнению с обвиняемыми, находящимися на свободе, является тяжелою несправедливостью.

II. Посмотрим теперь, какое значение может иметь защитник для другой группы прав заключенного под стражу обвиняемого — для прав обжалования. Наше законодательство наравне с западноевропейскими, предоставляет обвиняемому

это право в полном объеме. Однако вряд ли обвиняемый сам, по общему правилу, с умением может воспользоваться им. Незнание юридических оснований обжалования, затруднительность связного и убедительного изложения обстоятельств, а в значительном большинстве случаев даже безграмотность, сводят обжалование к простому изъяслению неудовольствия, служащему, конечно, недостаточным аргументом в глазах суда для отмены постановления следователя. Помощь защитника, как советчика и помощника, здесь особенно необходима для обвиняемого и желательна для правосудия, так как обеспечивает в большей мере справедливость и сдерживает произвол следователя. Допущение защитника для содействия в пользовании правом обжалования выражается, с одной стороны, в праве свободных совещаний с заключенным, с другой стороны — в праве представительства при подаче прошений, заявлений и пр.

По австрийскому законодательству 1873 г. защитник имеет право приносить жалобы от имени своего клиента и переговариваться с ним в присутствии лица судебного ведомства (45 ст.). Германский устав идет много дальше. Защитник может сноситься с обвиняемым как устно, так и письменно, причем наибольшее ограничение этих сношений может состоять в просмотре писем судьей до открытия главного производства; если заключение под стражу последовало не единственно по подозрению побега, то ограничение устных сношений заключается в присутствии лица судебного ведомства при переговорах с защитником (148 ст.). Это ограничение, однако, теперь почти всеми процессуалистами рассматривается как ненужное и вредное, и новые законодательства норвежское и венгерское, принимая почти целиком постановления германского устава, разрешают, однако, свободное сношение с защитой. Новый французский закон, следуя английскому праву, постановляет, что сношения защитника с заключенным совершенно свободны и не могут подлежать ограничениям. В швейцарских кантонах сношения с защитником по общему правилу совершенно свободны (и только в Солотурне ограничиваются присутствием должностного лица судебного ведомства).

Важность помощи юридически сведущего лица при обжаловании настолько велика, что даже законодательства, не допускающие защиты на предварительном следствии, признают здесь помощь защитника полезной. Так, в Испании заключенному разрешается совещаться с защитником; последний может представлять ходатайства от имени заключенного. В Италии защитник при заключении следствия может ходатайствовать об освобождении из-под стражи.

Наше законодательство по этому вопросу молчит, но судебная практика порою, пользуясь широким выражением ст. 496 о предоставлении всех необходимых способов обжалования, допускает приглашение защитника для помощи при обжаловании мер обеспечения в случае изъясления желания со стороны обвиняемого и допускает его даже поддерживать жалобу перед судом. Но это, конечно, редкое исключение, зависящее от усмотрения председателя суда, а не право обвиняемого.

Наиболее важной частью прав защиты является представительство в правах на активное расследование дела. От объема предоставленных здесь защите прав зависит степень состязательности на предварительном следствии. До сих пор, собственно говоря, могла идти речь только о представительстве, но не защите. Представитель уполномочивается на совершение отдельных действий в



интересах представляемого, под условием соблюдения законности. Он не имеет своей задачей непосредственно воздействовать на решение судьи, но только указывает, контролирует, присутствует при различных действиях, заменяя личностность обвиняемого. Защита же является активным проведением определенного воззрения, основанного на стремлении повлиять на убеждение судьи, постановляющего решение. Два субъективных взгляда, защиты и обвинения, основанных на близости различных социальных интересов к каждому, на различии точек зрения и оценки фактов, скрещиваются друг с другом перед лицом третьего — беспристрастного судьи, в суждении которого отражается более яркий луч истины, как в фокусе, собирающем разнообразные лучи. Поэтому вне состязательности, вне активных прав защита невозможна<sup>4</sup>.

В отличие от представителя, защитник вовсе не ограничен объемом прав, имеющихся у обвиняемого. Он имеет свои собственные, предоставленные ему государством, права, часто более обширные, чем права обвиняемого. Исполняя заявления и ходатайства защитника о расследовании различных обстоятельств, судья вовсе не спрашивается о том, согласен ли на то обвиняемый. Защитник в сфере предоставленных ему прав действует самостоятельно, в интересах общественных и обвиняемого. Такое положение его станет вполне понятно, если мы согласимся, что защитник — слуга правосудия, но не слуга обвиняемого. Обвиняемый может иметь самые разнообразные интересы. Их можно разделить на две группы: интересы, заслуживающие государственной поддержки, и интересы, ее не заслуживающие, и даже наоборот, вредные (например, интересы избежать наказания при действительной виновности, обмануть правосудие, скрыть доказательства и пр.).

Если государство предоставляет обвиняемому помощь защитника, то, естественно, лишь для поддержки первой группы интересов, надлежащая охрана которых важна для правосудия. Таким образом, защитник назначается преимущественно в интересах публичных, а деятельность его в этом направлении обеспечивается в большинстве случаев самим его положением. Если же смотреть на защитника как исключительного представителя обвиняемого, то мы не найдем порою оснований отличия его от соучастника, помогающего скрыть следы преступления.

Понятно, что, допуская защитника, правосудие обеспечивает себе большую законность действий стороны и большую добросовестность ее приемов, а это позволяет расширить степень состязательности. Судебное следствие никогда не дошло бы до той степени состязательности, какую оно обладает теперь, если бы не было формальной защиты. Отсюда можно заключить, что допущение защитника на предварительное следствие есть необходимая стадия в преобразовании инквизиционного следствия в состязательное и что от такого допущения правосудие только выигрывает, если обеспечен надлежащий состав защиты. Несколько далее мы займемся рассмотрением возможности обеспечения такого состава в применении к России, теперь же посмотрим, что говорит нам опыт западных государств.

<sup>4</sup> См. по этому поводу доклад Г. Слиозберга. О защите на предварительном следствии, 1902. К сожалению, автор, не различая категорий прав обвиняемого, неправильно отрицает вообще возможность защиты при современном строе предварительного следствия.

По новому английскому закону Poor Prisoners 1903 г. назначение заключенному под стражу обвиняемому защитника с самого начала такого заключения возведено в публичную обязанность. Если судья по обстоятельствам дела признает, что в интересах справедливости обвиняемому необходима при подготовке и ведении дела помощь адвоката, он приглашает барристера или солиситора, который получает вознаграждение из казны в размере 20—50 руб.

Защитник пользуется правом полного представительства как на судебной, так и на предварительной стадии.

Австрийский устав предоставляет защитнику, с разрешения следственного судьи или обвинительной камеры, обозревать все или некоторые акты производства, получать копии с постановлений следователя. Защитник может требовать производства отдельных следственных действий, которые могут послужить к оправданию обвиняемого. Германский, норвежский, венгерский уставы предоставляют эти права в том же объеме (венгерский устав, впрочем, допускает защиту еще при дознании). Этот так называемый германский тип организации защиты завоевывает себе все больше и больше сторонников (Италия, Голландия). За последнее время раздаются голоса за расширение прав защиты и за предоставление ей права самостоятельного расследования при помощи полиции, как то имеется в Англии.

Иной тип представляет французская система, введенная Законом Констанана 8 декабря 1897 г. Общественное возбуждение, сопутствовавшее изданию этого закона, было громадное. Сущность его в той части, которая касается защиты на предварительном следствии, состоит в следующем (ст. 3, 7, 9, 10). После первого допроса обвиняемого, носящего характер объяснения пред судьей, во время которого обвиняемый предупреждается о своем праве не отвечать на вопросы, судья, если решит начать следствие, предлагает ему избрать себе защитника из адвокатов. По просьбе обвиняемого ему дается старшиной сословия защитник по назначению. Обвиняемый, как находящийся на свободе, так и заключенный под стражу, может быть допрошен только в присутствии или после приглашения его защитника. Защитник должен быть извещен о допросе по крайней мере за 24 часа. От этого права обвиняемый может отказаться. Интересно, что при допросе не может присутствовать прокурор. Защитник, присутствуя при допросе, не имеет права говорить, не будучи уполномочен следственным судьей. Но об отказе в предоставлении слова он может заносить в протокол. Накануне каждого из допросов обвиняемому защитнику дозволяется обозревать акты производства. Ему сообщается о каждом постановлении следственного судьи. Сношения его с заключенным совершенно свободны. Эти права защитника могут быть нарушены лишь в крайних случаях, проистекающих от опасности быстрой смерти свидетеля, возможности быстрого исчезновения улики или если расследование происходит на месте совершившегося преступления, где был пойман преступник. При таких обстоятельствах судья может немедленно приступать к допросу и очным ставкам.

Такова сущность нового закона. При ближайшем рассмотрении, однако, можно заметить крайнюю его отрывочность. Вводя защитника на предварительное следствие, он почти не вводит защиты, а лишь: 1) предоставляет обвиняемому возможность пользоваться юридическим советом защитника, чего лишен был только заключенный под стражу; шагом вперед здесь является также введение



защиты по назначению; и 2) устанавливает контроль юридически сведущего и отстаивающего интересы обвиняемого лица над отношениями следственного судьи к обвиняемому во время допроса. Но защитник не получил ни прав присутствия при допросе свидетелей и экспертов и при других следственных действиях, он лишь получает копии протоколов. Закон далее не говорит о праве представлять ходатайства от имени обвиняемого, просить о дополнении следствия.

Правда, существенно право присутствия при допросе обвиняемого, но это право вовсе не относится к защите; все комментаторы нового закона отрицают всякую тень состязательности в этом присутствии: защитник просто следит за правильностью допроса, подобно тому как полицейский следит за порядком. Инквизиционная система следствия остается во всей своей силе, и только предотвращена возможность нежелательного психического воздействия судьи на обвиняемого. Закон представляет из себя полумеру: оказав доверие защитнику в сношениях с обвиняемым, в обзоре следственных актов, он лишил его, однако, возможности активного участия в деле. Поэтому часто все участие защитника является бесплодным, и в большинстве случаев обвиняемые или отказываются от своих прав, или адвокат, в роли молчаливого свидетеля, заменяет себя письмоводителем.

Закон 1897 г. технически нецелесообразен, ибо допускает затрату значительной работы адвокатуры без всякого реального результата. Если проявляется довольство новым законом, то потому, что старые формы и привычки прекрасно устроились в новом одеянии, и потому, что закон на деле почти ничем не ограничил всемогущего усмотрения следственного судьи. Но велико число недовольных законом, вследствие его половинчатости: на конгрессах в Будапеште и Петербурге ни один представитель французской юстиции не выступил полным его защитником. И за последнее время во Франции создаются новые проекты для большого ограждения прав обвиняемого. Следует заметить, что хотя Закон 1897 г. и вызвал во всем Западе пересмотр основ предварительного следствия, но ни одна страна не оказалась подражательницей Франции в подобной постановке защиты на предварительном следствии.

Мы остановились более подробно на новом французском законодательстве ввиду преувеличенной оценки, которую придавали ему за последнее время. Вместе с тем мы желали показать преимущества системы германской. Истинная гарантия правильности должна быть признана не в попечительной деятельности следователя, хотя и поставленного под безмолвный надзор защитника, а в активном охранении собственных, общественно важных прав самим обвиняемым и его защитником. И такая активность явится первым шагом в установлении состязательной системы.

Таково положение защиты на Западе. Считаем нелишним перед тем, как перейти к рассмотрению специальных возражений против введения защиты у нас, сделать небольшой очерк попыток такого введения, поучительный по мотивам, останавливавшим законодателя.

Как известно, в нашем законодательстве, несмотря на многочисленность сторонников допущения защитника на предварительном следствии, не имеется еще такой защиты. Впервые при составлении Устава уголовного судопроизводства в комиссии 1863 г. многие члены указывали на необходимость введения защиты

на предварительном следствии. Комиссия 1862 г. вводила защиту на следующих основаниях. Обвиняемому в начале следствия объявлялось о его праве иметь защитника (ст. 255 проекта 1863 г.). Совещаться с защитником обвиняемому предоставлялось лишь после первого допроса, и то не наедине; защитнику предоставлялось присутствовать при всех следственных действиях, не исключая и допросов, причем он мог обращать внимание следователя на все обстоятельства, могущие служить к оправданию обвиняемого, и просить его о предложении вопросов свидетелям. Однако неприбытие защитника не останавливало хода следствия. Защитниками могли быть все лица, которым не воспрещено ходатайство по чужим делам. Но Государственный совет, основываясь на том, что при предварительном следствии трудно поставить защитника в надлежащие границы и нельзя не опасаться, что он сочтет своей *обязанностью* (?) противодействовать собранию обличительных доказательств и способствовать обвиняемому в сокрытии следов преступления, признал целесообразным устранить защиту.

Единственным мотивом недопущения, таким образом, послужило недоверие к защитникам, которыми могли быть всякие лица. При отсутствии в то время организованной адвокатуры такое опасение еще могло иметь основание, теперь же оно потеряло почти всякое значение. С появления судебных уставов не прекращались голоса, указывающие на необходимость допущения защиты на предварительном следствии. Хрулев, утверждавший, что следователь — «в духе русского народа», и считавший невозможным наличие защитника при розыском характере следствия, и Топачевский, не различавший задач розыска и следствия, — единственные, насколько нам известно, противники допущения защиты, выступавшие в литературе. Вопрос этот подвергся подробному обсуждению и комиссии 1894—1899 г.

Восемь членов (главным образом представители уголовной науки) предлагали допустить защиту на предварительном следствии, подвергнув только ее некоторым ограничениям ввиду неблагоприятных условий, которыми обставлено производство наших следствий, главным образом, вследствие неудовлетворительности розыска. При этом трое членов предполагали предоставить обвиняемому право пригласить защитника для обозрения дела только при предъявлении ему следствия, когда не может возникнуть серьезных опасений относительно неблагоприятного влияния защиты на обнаружение истины, пять же членов признавали необходимым относить защиту не к самому концу предварительного следствия, а к моменту привлечения в качестве обвиняемого. Вместе с тем эти пять членов признали, что практическое значение защита имеет в таких случаях лишь для лиц, подвергшихся заключению под стражу, когда обвиняемый не может сноситься с защитником. Правовое участие защитника предполагалось в самом скромном размере. Арестованный может сообщаться с защитником под строгим контролем следователя, переписка их будет просматриваться, свидания будут происходить в присутствии лица судебного ведомства, следователь будет иметь дискреционную власть допускать обвиняемого и его защитника к обозрению следственного производства в целом или в частях в такое время, когда уже не существует опасения, что их действия могут помешать открытию истины. Всякое участие защитника в допросах и очных ставках обвиняемого и свидетелей, хотя бы и без предоставления ему права голоса, признано совсем нецелесо-



образным. Участие его допускается лишь при выемках, осмотрах, экспертизах и отдельных следственных действиях, относящихся к установлению объективного состава преступления. Защитник может давать юридические советы обвиняемому и представлять его перед судом за него.

Предложения эти являются настолько скромными и здесь до такой степени приняты всевозможные ограничения деятельности защитника, поставленного в зависимость от полного усмотрения следователя, что представляется сомнительным, будет ли в состоянии защитник выполнять свою задачу (которая состоит, между прочим, в ограждении обвиняемого от возможности следователю произвола), если над ним постоянно будет висеть возможность властного запрещения следователем свиданий, переписки, обзора актов, дачи юридических советов и пр., словом, возможность полного изгнания его из предварительного следствия. В тех случаях, где защитник будет наиболее необходимым, он легко может быть устранен следователем, если последний пожелает иметь дело с беспомощным обвиняемым, а не с юридически опытным лицом. Притом всемогущее усмотрение единоличного следователя может совершенно разрушать всякий целесообразный план ведения защиты на предварительном следствии.

При такой узкой постановке едва ли представляется целесообразной и сама защита на предварительном следствии. Однако несмотря даже на такие скромные предложения, большинство комиссии не признало целесообразным допустить защиту, основываясь на слабости у нас розыска, возможности неблагоприятных влияний защитника на ход его и увеличения медленности производства и, наконец, на неудобствах для самой защиты в виде присяжной адвокатуры пользоваться своими правами присутствия при следственных действиях. Таким образом, в первоначальный проект не были внесены постановления о допустимости защиты на предварительном следствии.

Критика, которой был встречен проект в обществе, особенно сильно указывала на этот недостаток. Акты следственные в более значительной степени, чем в настоящее время, по проекту будут основываться на данных полицейского дознания, и недопущение защитника к указанию их недостатков тогда, когда эти недостатки еще исправимы, представляется несправедливым и не обеспечивающим торжества истины на судебном заседании, где заявления защитника о неправильности известных актов по необходимости принимаются на веру. Поэтому, под влиянием этой критики министром юстиции в окончательной редакции проекта было помещено правило о том, что защитнику предоставляется право обозрения дела при предъявлении следствия обвиняемому и право ходатайствовать о дополнении следствия. Неявка защитника не останавливает заключения следствия. При этом указано, что к предъявлению следствия допускаются все те лица, которые могут выступить в качестве защитников на суде. Перед допросом обвиняемого судья, производящий следствие, разъясняет ему права и порядок обжалования следственных действий, с занесением в особый протокол исполнения этого предписания.

Таковы судьбы этого вопроса в России. Все многочисленные начинания разбиваются об утверждения о вредности такого института для силы репрессии и успешности розысков. Слепая боязнь, предшествующая всякому нововведению, здесь явилась особенно сильной.

О жизнеспособности этого института говорить не приходится. Тридцатилетний практический опыт Австрии, Германии и других стран Европы ясно показывает, что защита прекрасно уживается в рамках предварительного следствия и вовсе не создает тех последствий, которых боятся практики. Не приходится говорить и о важности введения такой защиты — многочисленная русская литература вполне осветила этот вопрос. Мы остановимся поэтому только на рассмотрении особых условий русского процесса, которые могли бы служить (и служат в глазах противников) причиной недопущения защиты на этой стадии.

Главным возражением является указание на слабость у нас розыска. Парализование активности обвиняемого имеет поэтому весьма существенное значение. Допрос, как хорошее средство доказательства, возможен, если обвиняемый находится в неведении об истинном положении дела, — так учит практика. Вмешательство защитника помешает такому характеру допроса и, следовательно, дурно отразится на успешности следствия. Когда имеется еще слабый луч света, указывающий дорогу, вмешательство защитника может уничтожить и его.

Это основное возражение, однако, не имеет той силы, которую ему хотят придать. Оно применимо только в современной системе Устава уголовного судопроизводства, покоящейся на смешении границ дознания и предварительного следствия. Современный следователь является, скорее, органом дознания вследствие почти полного отсутствия розыскной, правильно поставленной деятельности полиции. Полиция, получив донесение, немедленно направляет его следователю, и последний производит, собственно говоря, дознание, собирая улики. Понятно поэтому, что так называемому предварительному следствию приходится оперировать с сырым материалом, следователю самому приходится собирать, а не констатировать и оценивать улики, постоянно разъезжать и садиться на свое судейское кресло только в промежутках между двумя дознаниями, так сказать, мимоходом.

При дознании участие защитника значительно слабее. Он выступает только тогда, когда затронуты интересы обвиняемого, когда обвиняемый привлечен к суду, заключен под стражу, когда против него выставляются такие улики, которые не сумеют быть проверенными на судебном заседании или когда оценивается сила обвинения. Эти акты и составляют сущность предварительного следствия. Оно ведает не розыскание улик, а их оценку, а также ограждает обвиняемого от несправедливого применения к нему стесняющих его права мер. При таком характере предварительного следствия опасения за успешность *розысков* совершенно неосновательны, потому что розыск уже закончился и результатом его явилось привлечение обвиняемого к следствию. Оно, таким образом, будет происходить в конце всей работы по обнаружению следов преступного деяния. К такой постановке приблизился и проект, предложивший организовать судебную полицию и расширить область дознания, выделив его из следствия. Если эта мера будет принята, то нет никакого основания опасаться, что допущение защитника к предварительному следствию вызовет неудобства при розысках. Боязнь остается за допрос, этот почитаемый еще до сих пор могущественным способ добытия улик, но первый допрос будет происходить при отсутствии защитника, и, таким образом, боязнь эта исчезает.

Опасаются противозаконной деятельности защитника по уничтожению следов. И против этого следует возразить, что на стадии предварительного след-



ствия возможность такого опасения преувеличена; затем доверие к адвокатуре не позволяет предполагать, что она пойдет на явно преступные по нашему закону действия, за которые положены значительные наказания. И, наконец, вполне возможно предоставить суду право выбора защитника, если существует опасность сокрытия следов.

Другим возражением является указание на малочисленность защитников и затруднительность для них добросовестного исполнения своих обязанностей на предварительном следствии. Против этого можно возразить следующее. Проект расширяет число дел, по которым не требуется производство предварительного следствия. Следствия будут производиться в более редких случаях, так что труд защитников не будет столь великим (подобная система в Германии приносит прекрасные результаты: в 1899 г. на 674 856 окончанных дознаний было произведено 21 462 предварительного следствия (3,7 %), в Австрии на 149 662 жалобы следствий произведено в 1896 г. 21 146). Затем защиту по назначению можно ввести только в случаях заключения обвиняемого под стражу, что потребует еще меньшего труда. Что же касается затруднительности исполнения обязанностей защитника на предварительном следствии, изображаемых в виде погони за следователем, несения лишений в пище, отдыхе и здоровье и пр., то они в значительной степени преувеличены, да и действительно были бы возможны лишь тогда, если бы следователь был органом розыска и присутствие защитника при всех следственных действиях было бы обязательно. Но главная задача защитника не в том, чтобы непременно присутствовать при каком-нибудь осмотре, а в том, чтобы иметь возможность давать обвиняемому юридические советы, представлять в тех случаях, когда какой-либо следственный акт имеет особенно важное значение, как оправдательное доказательство, для указания именно оправдательной стороны его и, наконец, для противодействия обвинительной тенденции следователя.

Участие защиты вызовет медленность производства. Следственной власти придется немало времени посвящать объяснениям с защитником, ответам по представленным жалобам, производить по предъявлению обвиняемому следствия больше отдельных дополнительных действий. Так говорят противники; однако эти указания несущественны. Объяснение — дело настолько простое, не требующее особых сроков, что оно нисколько не отнимет у следователя нужного времени; что же касается дополнения следствия защитником, то в происшедшей медленности виноватым явится сам следователь, и, кроме того, нельзя отнимать могущественного средства защиты ради нескольких дней производства. Юстиция должна идти быстро, но не торопиться. Если составители судебных уставов нашли необходимым предоставить право дополнения следствия обвиняемому, то они хотели сделать из этого не замысловатую игрушку, которую он не сумеет пользоваться, а действительное средство оправдания, и сетовать на то, что с помощью защитника обвиняемый получит возможность пользоваться этим правом, совершенно неуместно.

Наконец, в качестве возражения указывают, что защитой будут пользоваться только богатые, бедные же останутся совершенно беспомощными или попадут в руки подпольной адвокатуры. Возражение это также несправедливо. Обвиняемый, заключенный под стражу, будет пользоваться защитой независимо от

своего имущественного положения, так как при его несостоятельности защитник будет ему назначен. Обвиняемый, оставленный на свободе, сумеет бесплатно получить защиту в тех учреждениях, которые поставят себе подобную цель. И теперь уже многочисленны консультации молодых юристов для оказания помощи неимущим; не откажет в юридическом совете и каждый адвокат, к которому обратится бедный.

Вообще наиболее серьезным возражением против введения защиты следует признать указание на малочисленность надежных защитников. Надежность — главное условие, требуемое от защитника на предварительном следствии. От допущения надежного защитника правосудие, как бы ни был слаб розыск, пострадать не может. А чтобы обеспечить хороший состав защиты, необходимо установить особый подбор защитников. Обыкновенно государство допускает в защите на предварительном следствии всех лиц, имеющих право защиты на суде. Для предварительного следствия, где требуется больше доверия к защите, возможно ограничение круга лиц, из которых обвиняемый может выбирать себе защитника. Защитник может быть вредным для правосудия не упорным домогательством осуществления прав, а возможностью противозаконного препятствования правосудию, сокрытием следов и т.д. Но дела, по которым существует такая опасность, сравнительно редки; затем такая опасность преимущественно существует на стадии дознания и розыска, а не на предварительном следствии, когда доказательства более или менее закреплены. При этом защитник имеет не больше средств тормозить ход дела, чем обвиняемый, находящийся на свободе и имеющий право самостоятельно пользоваться правами защиты. Единственный случай — это заключение под стражу обвиняемого из-за опасности сокрытия следов. Здесь защитник действительно мог бы злоупотреблять своими правами. Но кто мешает законодателю, как то сделано во Франции, допускать к защите лиц, заключенных под стражу, только присяжную адвокатуру, которая, занимая публичное положение, не может внушать таких подозрений? При недостаточности же таковой (хотя это трудно предположить: в 1899 г. у нас по делам общих судебных установлений заключенных под стражу было 23 726 обвиняемых, а присяжных поверенных и их помощников в 1901 г. — 3 631 чел.) можно было бы предоставить председателю суда поручать защиту особо надежным лицам или же предоставить бесконтрольное право неутверждения защитника. По делам же обвиняемых, находящихся на свободе, круг защитников можно сохранить тот же самый, как и для судебного следствия, но с большим подчинением их суду на этой стадии.

По обеспечении надлежащих качеств защиты (трудность чего нам кажется сильно преувеличенной) возможно и необходимо допустить ее в той постановке, в какой она принята в Германском уставе, заимствовав из французского закона защиту по назначению для лиц, находящихся под стражей.

При этом следует отбросить те многочисленные ограничения, которые предложены 5 членами комиссии 1894—1899 г. Введя их, мы рискуем лишить защиту всякого значения. Защита должна сдерживать произвол следователя, а это возможно лишь тогда, когда она обладает правами, независимыми от его усмотрения. Органом ограничения прав защиты может быть лишь судебная коллегия, а не заинтересованный следователь. Выгоды установления формального пред-



ставительства выразятся в большем доверии к следователям и к суду, в большей законности и в большем ограждении свободы и невинности. Вместе с тем падет та несправедливость, по которой заключенные под стражу лишаются почти всяких средств оправдания и участия в деле.

Защитник является органом, облеченным высоким общественным доверием, государство поручает ему на суде защиту невинности. И, признавая защитника на суде борцом за истину, нельзя видеть в том же защитнике, действующем на предварительном следствии, человека, из корыстных видов готового на противодействие истине и нарушение закона. Робкая опасливость не создает прогресса: всякая реформа непременно основана на доверии. Судебные уставы велики тем доверием, которое они оказали обществу, суду и защите. И, проявляя большее доверие, мы тем самым создаем почву для его оправдания. Нет сомнения, с проведением реформы в среде защитников заявит себя энергичная преобразовательная работа по установлению надежных средств оправдания такого доверия. А следует помнить, что каждый такой шаг ослабляет тягостное принудительное начало в процессе и приближает к тому времени, когда уголовный процесс, подобно гражданскому, будет покоиться на правовых нормах, лишенных принуждения.

*Материал предоставлен и подготовлен к публикации  
цифровой академической библиотекой «Автограф»*

*URL: <http://avtograf-library.ru>*