

С.М. Даровских

**О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ ПОРЯДКА УСТАНОВЛЕНИЯ
ФАКТА ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ**

Рассматриваются проблемы недобросовестной реализации субъективного права участниками уголовного судопроизводства, связанные с порядком выявления факта злоупотребления правом. Предлагаются несколько вариантов решения проблемы: от корректировки норм уголовно-процессуального закона до разработки нормативного закрепления порядка установления факта злоупотребления правом.

Ключевые слова: *злоупотребление правом, порядок установления факта злоупотребления правом.*

В доктрине уголовно-процессуального права все чаще и чаще ученые обращаются к понятию недобросовестной реализации участниками уголовно-процессуальных правоотношений своих субъективных прав, предоставленных уголовно-процессуальным законом. И чем чаще ученые исследуют те либо иные стороны данного правового явления, тем больше вопросов возникает. Причем вопросы возникают как у исследователей данной проблемы, так и у правоприменителей, которые уже на практике сталкиваются с вопросами злоупотребления правом. Не устранило противоречия и проблемы и известное Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30 июня 2015 года № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве», где Верховный Суд РФ впервые затронул проблему недобросовестной реализации прав. В данном Постановлении Верховный Суд отказался от терминологии «злоупотребление правами», заменив его «недобросовестное осуществление правомочий в уголовном судопроизводстве». Однако Конституционный Суд РФ ранее в своих постановлениях и определениях неоднократно применял и продолжает применять терминологию «злоупотребление правом», а если учесть, что этимология слова «злоупотребление» означает «употреблять во зло, незаконно или недобросовестно», а термин «злоупотребление» обычно используется для обозначения поступка, состоящего в незаконном, преступном использовании своих прав, возможностей [1, с. 234], то полагаем, что вполне оправдано будет использовать и данную терминологию.

Под злоупотреблением правом (недобросовестной реализацией прав) мы понимаем сознательное (умышленное) поведение участника уголовного правоотношения, обладающего процессуальными правами, осуществляемое в процессе правомерной реализации этих прав, но в противоречии с их смыслом и назначением, причиняющее либо способное причинить вред либо иные негативные последствия другим участникам процесса, обществу, государству. Представляя собой достаточно сложное правовое явление, злоупотребление правом отличается рядом признаков, выявление которых и позволяет должно-

стным лицам правоохранительных органов говорить о данной правовой категории. В первую очередь это наличие права, предоставленного уголовно-процессуальным законом. Во-вторых, злоупотребление может возникнуть только в процессе реализации данного права, так как само по себе наличие права не влечет никаких последствий. В-третьих, поведение лица, злоупотребляющего правом, является допустимым и возможным, прямого нарушения правовой нормы нет, однако субъект осуществляет право при отсутствии или в противоречии с имеющимся у него законным интересом. Злоупотребление характеризуется также и тем, что субъект понимает, что реализация им конкретного права осуществляется в противоречии с назначением, духом и смыслом этого предоставленного права, т.е. его поведение сознательное. И последнее, при злоупотреблении реализация права осуществляется за пределами, установленными законом, и в целом противоречит интересам общества и государства либо другим участникам процесса, причиняет либо может причинить им вред.

Указанные признаки злоупотребления правом достаточно определены и, что не вызывает сомнения, должны одновременно быть выявлены при квалификации действий участника уголовного судопроизводства как злоупотребляющего правами. Например, не вызывает сложности определение наличия у лица субъективного права, вполне объективно утверждение, что злоупотребить правом возможно только в период его осуществления, т.е. реализации. Нам представляется, что не создает особых проблем и выявление такого обязательного условия, свидетельствующего о причинении вреда либо создание возможности его причинения, а также наступления иных негативных последствий другим лицам, обществу, государству. Однако в целом при квалификации, являются ли определенные действия злоупотреблением правом, возникают проблемы, и кроме выявления указанных признаков и их анализа требуется изучение всей правовой ситуации, сложившейся на момент реализации своего права участником.

Указанные сложности объективны и возникают постольку, поскольку «злоупотребление правом»

представляет собой оценочное понятие. Это подтверждается тем, что содержание злоупотребления правом не может быть определено в нормах уголовно-процессуального закона, это объясняется многогранностью действий, в результате которых субъекты реализуют свои права в рамках уголовно-процессуальных правоотношений и невозможностью в тексте закона урегулировать во всех деталях разнообразие тех отношений, явлений, действий, которые могут складываться в ходе уголовного процесса. Хотя, надо признать, что в определенных случаях достаточно законодателю отшлифовать текст нормы, как возможность злоупотребления исчезнет. Например, ч. 2 ст. 53 УПК РФ предоставляет право защитнику, участвующему в следственном действии, давать краткие консультации своему доверителю в присутствии следователя. Такая формулировка статьи позволила адвокатам в ходе следственных действий прямо подсказывать своему доверителю, какие действия совершать и какие ответы на вопросы следователя давать. Результаты такого следственного действия нельзя признать эффективными, поскольку его цель не достигается. Отвечает на вопросы следователя не обвиняемый, которому они адресованы, а адвокат-защитник. Поэтому полагаем, что для решения данной проблемы целесообразно законодательно закрепить понятие «краткие консультации» либо их содержание. Например, такого рода консультации могут проводиться по вопросам юридической квалификации действий обвиняемого, правил оценки доказательств, юридических последствий той позиции, которую обвиняемый выбрал, но ни в коем случае не должны касаться ответов на вопросы, поставленные следователем либо содержания свободного рассказа допрашиваемого.

На практике возникает также множество иных ситуаций, которые создают возможность совершения участниками уголовного судопроизводства действий, которые могут быть признаны недобросовестными, причем возможно и без ограничения реализации этими участниками своих прав. К весьма распространенному недобросовестному поведению следователя, возможность которого появилась в связи с неопределенным формулированием текста закона, можно отнести, например, необязательность участия понятых при проведении определенных следственных действий. В ч. 1^а ст. 170 УПК РФ говорится, что если понятые в следственных действиях не участвуют, то применение технических средств фиксации хода и результатов следственного действия является обязательным, а если применение технических средств невозможно, следователь должен об этом сделать отметку в протоколе следственного действия. Данная сформулированная законодателем фраза позволяет следователям избегать обязанности применения технических средств, указав в протоколе следственного действия, что применение технических средств невозможно. Проведенный нами анализ ситуации, изучение материа-

лов уголовных дел и опрос участников процесса (обвиняемых, защитников, следователей) позволил убедиться в том, что достаточно часто следственные действия, указанные в ч. 1^а ст. 170 УПК РФ, проводятся без участия понятых и без применения средств фиксации. Проведенные исследования показали, что более чем в 63 % случаев в материалах уголовных дел присутствует справка следователя о сбоях и отказах технических средств, применяемых при следственных действиях. Определить как причины отказа техники, так и объективность хода и результатов следственного действия в дальнейшем по материалам дела не представляется возможным, что создает благоприятные условия следователям для злоупотребления этим правом.

Решение указанной проблемы мы видим в ужесточении требований к порядку проведения следственного действия. Вариантов не должно быть, либо привлечение понятых, либо технические средства и запрет на какие-либо исключения из этого правила. Следователь должен обеспечить качество фиксации, исключить возможные сбои и потери информации, в противном случае, это должно грозить признанием доказательств, полученных в результате указанного следственного действия (наложения ареста на имущество, осмотра, выемки и т.д.), недопустимыми.

Однако идеально откорректировать нормы закона не всегда возможно, а возникающие в ходе процессуальной деятельности ситуации требуют оценки должностных лиц. Входящие в содержание оценочного понятия явления, процессы оцениваются должностными лицами по своему усмотрению. Оценка происходит в процессе правоприменения с учетом конкретных обстоятельств дела и находится в полной зависимости от уровня правосознания субъекта правоприменения. В доктрине отмечается, что использование оценочных понятий приводит к размытости границ правового регулирования и расширяет возможность правоприменителя принимать решения по своему усмотрению, а поскольку указанные оценочные понятия не отражаются в законе, в связи с чем участники процесса с ними ознакомлены быть не могут, то это создает определенные трудности на практике, и что оценочные понятия лишают правовое регулирование таких свойств, как стабильность и единообразие [2, с. 19]. С данной оценкой следует согласиться, однако необходимо отметить, что и обойтись в законе без указанных понятий практически невозможно. В силу этого, очевидно, следует избирать не путь отказа от применения оценочных понятий, а совершенствование механизма их реализации в уголовном судопроизводстве. Данный вывод может быть полностью отнесен и к такому понятию, как злоупотребление правом (недобросовестное использование своих прав), которое в определенных случаях позволяет участвующим в процессе лицам оценивать сложившуюся в ходе уголовного судопроизводства ситуацию по своему усмотрению и принимать соответствующие, выгодные им решения.

Для оптимизации данного положения, и возможно, устранения некоторых проблем, связанных с выявлением факта злоупотребления правом, правильной квалификацией действий участника процесса, необходима выработка механизма, обеспечивающего в конечном итоге вынесение законного, обоснованного и справедливого решения на любой стадии уголовного процесса.

В первую очередь следует обратить внимание на легализацию понятия «злоупотребление правом». В научной литературе высказывалось вполне обоснованное предложение о целесообразности закрепления в тексте УПК РФ принципа «Недопустимость злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве». Закрепление в ч. 3 ст. 17 Конституции Российской Федерации положения, что «Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц» для полноценной его реализации в уголовном процессе, недостаточно. Особенности уголовно-процессуальной деятельности, осуществляемой с применением жестких мер принуждения, требует не просто отсылки к конституционному положению, являющемуся общеправовым принципом, но и разработки особого механизма реализации данного принципа, обеспечивающего его проявление именно в рамках уголовного судопроизводства, а такое возможно только в том случае, если данный принцип в качестве отраслевого будет закреплен в уголовно-процессуальном законе. Необходимость данного решения очевидна, поскольку именно отраслевые принципы отражают специфические особенности содержания права в конкретной отрасли. Реализация принципа недопустимости злоупотребления правом, с одной стороны, будет поддерживать выбранный курс на максимальную защиту прав и законных интересов подозреваемых, обвиняемых, а с другой стороны, она направлена на создание баланса, достижения цели, поставленной государством в выполнении его функции обеспечения правопорядка на своей территории [3, с. 45–53, 83–84].

Во-вторых, формулируя в тексте закона содержательную часть принципа, законодатель, безусловно, должен будет обозначить отправные точки данного явления, т.е. его содержательную часть, признаки, на которые следует ориентироваться при выявлении факта злоупотребления. Необходима тщательная разработка критериев и условий, позволяющих правоприменителям отграничивать факты злоупотребления правом от иных правомерных либо неправомερных действий. Вполне обоснована озабоченность ученых возможными неправильными подходами при квалификации данного явления. Например, обсуждая вопросы применения данной правовой категории в уголовном процессе в свете появления названного Постановления Пленума Верховного Суда, профессор А.В. Смирнов по вопросу выявления многочисленных ходатайств высказал сомнения: «Допустим, защитник заявил много хода-

тайств и все они следователем либо судом отклонены. Является ли это злоупотреблением правом? При желании можно представить это и как злоупотребление – на том простом основании, что все ходатайства защитника необоснованны (ибо отклонены судом) и, следовательно, направлены на затягивание процесса посредством использования защитником своих отдельных правомочий. Далее уже можно прекращать принимать новые ходатайства от защиты (по тому же поводу, а возможно, и по всем другим)» [4]. Г. Резник, поддерживая мнение профессора А.В. Смирнова, полагает, что и сегодня ничто не мешает суду отклонять любые заявления и ходатайства [4].

Бесспорно, оба ученых правы, но нам представляется, что в приведенном примере они упустили главное в ситуации, говоря о возможности злоупотреблении при заявлении ходатайств. Речь может идти о заявлении именно многократных ходатайств по одному и тому же вопросу и именно по одним и тем же основаниям. Например, в судебном заседании защитник заявил 40 раз одно и то же ходатайство по одному и тому же основанию: исключить из числа доказательств протокол обыска [5, с. 5–9]. Он может заявлять указанное ходатайство и 101 раз, но при любом даже самом строгом или лояльном подходе к оценке его поведения понятно, что эти заявления – это, по-сути, выбранный им способ злоупотребления своим правом на заявление ходатайств. Лишать возможности участников процесса заявлять ходатайства недопустимо, это одна из форм реализации права на защиту. Участник процесса вправе заявлять различные ходатайства, по различным основаниям в разных стадиях процесса, для рассмотрения различными должностными лицами, обосновывая свою позицию новыми фактами, обстоятельствами. Однако если участник процесса заявляет многократно одно и то же ходатайство по одному и тому же основанию, которое так же уже многократно было рассмотрено должностным лицом и отклонено, то признать в определенный момент действия данного участника процесса злоупотреблением своим правом на заявления ходатайств не только вполне возможно, но и необходимо. Действие во зло проявляется в том, что в случае отказа в удовлетворении заявленного ходатайства следователь должен каждый раз выносить постановление об этом, а судья, по определенным, указанным в законе вопросам, обязан прерывать ход судебного разбирательства, удаляться в совещательную комнату, где выносить постановление (определение), в случае если он посчитает целесообразным отказать в удовлетворении заявленных, по данным вопросам, ходатайств. Указанные действия участника процесса, заявление многочисленных ходатайств по одним и тем же основаниям – это способ затягивания времени расследования и рассмотрения уголовных дел, способ нарушения нормального хода процесса, способ, используя права, причинить зло иным участникам,

например потерпевшему, которое может выражаться и в том, чтобы затягиванием процесса продлить ему страдания, вызванные картинами произошедшего с ним либо с его близкими, события, являющегося предметом рассмотрения в суде.

Оценочный подход к выявлению факта злоупотребления правом привел к тому, что большинство процессуалистов единодушно в том, что необходимо выработать критерии, позволяющие выделять и отделять злоупотребления правом от иной правомерной или неправомерной деятельности. Однако до настоящего времени нет единодушия в количестве данных критериев и их сущностном наполнении. Это объясняется, на наш взгляд, тем, что в отличие от иных отраслей права в науке уголовно-процессуального права только в последнее время начались серьезные разработки данного правового явления. Мы полагаем, что поскольку возможность злоупотребить своим правом в уголовно-процессуальной деятельности имеют все участники процесса, следовательно, критерии должны быть универсальными.

В-третьих, требует разработки и нормативного закрепления порядок установления факта злоупотребления правом. Как нам представляется, процедура должна быть изложена в уголовно-процессуальном законе, в отдельной главе, озаглавленной, например, таким образом: «Производство по установлению факта злоупотребления правом». В литературе высказывалось предложение о том, что целесообразно ввести в практику составления такого процессуального документа, как «Уведомление о недопустимости злоупотребления правом», который будет выполнять определенную регулятивную функцию. Информировать участника процесса о том, как воспринимается его действие (бездействие), для должностного лица будет служить основой для мотивации своего решения относительно применения мер воздействия к лицу, злоупотребляющему своими правами [3, с. 68]. Полагаем, что такой подход вполне допустим в период предварительного расследования и именно как предостережение участнику о возможных неблагоприятных последствиях, которые для него могут наступить. Окончательное решение об установлении факта недобросовестного

использования права (злоупотребления правом) в период предварительного расследования, на наш взгляд, может и должен принимать только суд, а если возникает необходимость принять такое решение в ходе судебного заседания, то суду, после заслушивания мнений сторон, следует выносить его в совещательной комнате. Такой подход обеспечит всесторонность и объективность данного решения. Стороны изложат суду свое мнение по данному вопросу либо объяснят причину, основания определенного поведения, которое может быть расценено судом как злоупотребление правом, в том числе, что, на наш взгляд, особо важно, подтвердится либо будет опровергнуто их субъективное отношение к своему действию либо бездействию, поскольку полагаем, что злоупотребление – это всегда умышленные действия, участник судопроизводства должен знать и понимать, что он поступает именно недобросовестно. И еще, что весьма важно, результат выявления факта злоупотребления правом может повлечь ограничение в реализации права, что также оправдывает рассмотрение данного вопроса именно судом.

В настоящее время законодателем определенным образом урегулированы вопросы, связанные с нарушением установленного порядка ознакомления с материалами уголовного дела в соответствии с ч. 3 ст. 217 УПК РФ и с нарушением порядка ознакомления с протоколом судебного заседания (ч. 7 ст. 259 УПК РФ). Практика идет по пути, что должностные лица правоохранительных органов – следователи, руководители следственных органов, дознаватели – обращаются в суд в случае затягивания обвиняемым и его защитником времени на ознакомление с материалами уголовного дела. Суд, принимая решение, оценивает поведение участника, причины данного поведения, устанавливает конкретный срок для ознакомления либо ограничивает указанное лицо в реализации права на ознакомление с материалами уголовного дела, если признает наличие признаков злоупотребления данным правом [6].

Отсутствие механизма признания действий (бездействий) злоупотреблением правом усложняет как деятельность должностных лиц правоохранительных органов, так и возможность других участников процесса отстаивать свои права.

ЛИТЕРАТУРА

1. Ожегов С.И. Словарь русского языка. 70000 слов. 21-е изд., перераб. и доп. / под ред. чл.-корр. АН СССР Н.Ю. Шведовой. М., 1989. С. 234.
2. Левина Д.Н. Теоретические проблемы толкования и применения оценочных понятий: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2007. С. 19.
3. Даровских О.И. Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России. Челябинск: Цицеро, 2013. С. 45–53, 83–84.
4. Злоупотребление правом на защиту (Головки Л., Резник Г., Смирнов А., Колоколов Н., Львова Е., Кипнис Н., Голубок С.) [Электронный ресурс]: Аналитический портал «отрасли права». 23 января 2016 года. URL: <http://отрасли-права.РФ/article/15307>.
5. Калинин Л.Д. К вопросу о злоупотреблении правами и их недобросовестном использовании в уголовном судопроизводстве // Адвокат. 2010. № 4. С. 5–9.
6. Архивное уголовное дело № 3/10-627 районного суда гор. Челябинска.

ON ESTABLISHING THE FACT OF THE ABUSE OF RIGHT IN CRIMINAL PROCEDURE REQUIRES IMPROVEMENT

Ugolovnaya yustitsiya – Russian Journal of Criminal Law, 2017, no. 10, pp. 30–34. DOI: 10.17223/23088451/10/6
Svetlana M. Darovskikh, South Ural State University (Chelyabinsk, Russian Federation). E-mail: darsvet@mail.ru

Keywords: abuse of right, procedure for establishing the fact of abuse of right.

The paper focuses on the inequitable conduct of the participants in the criminal proceedings, which infringes the rights and legitimate interests of other participants and harms the society and state on the whole. The author analyses the problematic issues of the procedure for establishing the fact of abuse of right in the actions (inaction) of the participants in the process. Modern criminal procedure law does not contain a developed mechanism for establishing the fact of inequitable conduct, though some proposals were made on the procedure for establishing the abuse of right at the stage of preliminary investigation. Supporting these proposals in general, the author develops an algorithm for the actions of officials in the judicial stages of the process.

REFERENCES

1. Ozhegov, S.I. (1989) *Slovar' russkogo yazyka* [Dictionary of the Russian language]. 21st ed. Moscow: Russkiy yazyk.
2. Levina, D.N. (2007) *Teoreticheskie problemy tolkovaniya i primeneniya otsenochnykh ponyatiy* [Theoretical problems of interpretation and application of evaluation concepts]. Abstract of Law Cand. Diss. Nizhniy Novgorod. pp. 19.
3. Darovskikh, O.I. (2013) *Zloupotreblenie pravom v ugolovnom sudoproizvodstve Rossii* [Abuse of right in Russian criminal legal proceedings]. Chelyabinsk: Tsitsero.
4. Golovko, L., Reznik, G., Smirnov, A., Kolokolov, N., Lvova, E., Kipnis, N. & Golubok, S. (2016) *Zloupotreblenie pravom na zashchitu* [Abuse of the right to defense]. [Online] Available from: <http://xn----7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/15307>.
5. Kalinkina, L.D. (2010) K voprosu o zloupotreblenii pravami i ikh nedobrosovestnom ispol'zovanii v ugolovnom sudoproizvodstve [On the abuse of rights and their unfair use in criminal proceedings]. *Advokat*. 4. pp. 5–9.
6. Chelyabinsk. (n.d.) *Arkhivnoe ugolovnoe delo №3/10-627 rayonnogo suda gor. Chelyabinska* [The archival criminal case No. 3 / 10-627 of the Chelyabinsk district court].